

Fiducia y patrimonios autónomos en Colombia

Un análisis desde la dogmática jurídica

Carlos Andrés González León



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

Facultad de Derecho
Doctorado en Derecho
Bogotá D.C.

Colección Doctorado N° 10



Fiducia y patrimonios autónomos en Colombia

Un análisis desde la dogmática jurídica

Carlos Andrés González León

González León, Carlos Andrés

Fiducia y patrimonios autónomos en Colombia : un análisis desde la dogmática jurídica /
González León, Carlos Andrés. -- Bogotá: Universidad Libre, 2019.

262 p.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5578-10-4

1. Bienes culturales –Patrimonio cultural 2. Fiducia – Seguridad (Derecho) 3. Contratos
–Derecho comercial

343.06

SCDD 23

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

Comentarios y sugerencias:

Correo e del autor: cgonzale@unab.edu.co

© Facultad de Derecho, 2019

© Universidad Libre Sede Principal, 2019

ISBN IMPRESO: 978-958-5578-10-4

ISBN DIGITAL: 978-958-5578-11-1

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación de Publicaciones y Comunicaciones: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 No. 5-80, Tel.: 3821000, Bogotá D.C.

Diseño y diagramación: AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Esta obra está cofinanciada por el Fondo de Publicaciones de la Universidad Libre

Impreso en Colombia en los talleres gráficos

de AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Carrera 68G No. 64A - 31

Tel.: +57(1) 250 1584

afmproducciongrafica@gmail.com

Bogotá D.C., Colombia, 2019

Printed in Colombia



UNIVERSIDAD LIBRE®
Vigilada Mineducación

Directivas

Presidente Nacional	Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente Nacional	Jorge Gaviria Liévano
Rector Nacional	Fernando Dejanón Rodríguez
Secretario General	Floro Hermes Gómez Pineda
Censor Nacional	Ricardo Zopó Méndez
Presidente Nacional de Planeación (e)	Alejandro Muñoz Ariza
Directora Nacional de Investigaciones	Elizabeth Villarreal Correcha
Presidente Seccional	María Elizabeth García González
Rector Seccional	Fernando Arturo Salinas Suárez
Decano de la Facultad de Derecho	Luis Francisco Ramos Alfonso
Secretaria Académico	Ana Rocío Niño Pérez
Directora Instituto de Posgrados (e)	Nohora Elena Pardo Posada
Director Centro de Investigaciones	John Fitzgerald Martínez Vargas
Director del Doctorado	Ricardo Sánchez Ángel
Director de la Tesis de Grado	Roberto Vidal López

Quiero dedicar este trabajo a mis padres y a mis hijas, Valentina y Manuela, y en especial a mi compañera en esta aventura académica que es el doctorado, Ana Patricia Pabón.

A su vez quiero agradecer a Roberto Vidal por su dirección y por las ricas conversaciones sobre la historia del derecho que permitieron dar otra mirada a lo que ofrece la dogmática jurídica.

Quiero también agradecer al profesor Álvaro Londoño Restrepo quien desde el inicio creyó en este trabajo y quien, con sus agudos comentarios y generosa amistad, me acompañó en los momentos más complejos de su revisión.

De igual manera, agradezco a quien le dió luz a todo el proceso de culminación de este proyecto, por su apoyo incondicional, su confianza y amistad, Liliana Estupiñán Achurry.

Contenido

INTRODUCCIÓN	15
1. ANTECEDENTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO AUTÓNOMO EN COLOMBIA	43
1.1. Un primer plano. La reforma financiera de 1923 y el trust anglosajón	46
1.2 La comprensión del trust anglosajón en el derecho Latinoamericano y el panorama interpretativo frente a los encargos de confianza previstos en la legislación de 1923	54
1.3 La fiducia en el proyecto de Código de Comercio de 1958	61
1.4 Presentación de la fiducia y diferencias con otros moldes civiles	62
1.5 El proyecto normativo de la Comisión Revisora de 1958	67
1.6 Conclusiones del Capítulo	71
2. LA FIDUCIA DESDE LA EXPEDICIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO DE 1971	75
2.1 Presentación	75
2.2 La descripción legal del contrato de fiducia. Un punto de partida	78
2.3 El patrimonio autónomo en el contrato de fiducia	86
2.4 Discusiones que permiten ampliar la comprensión de los contenidos del patrimonio autónomo en el contrato de fiducia	94
2.4.1 La revocación del negocio fiduciario	94
2.4.1.1 La acción pauliana en el derecho civil como antecedente de la revocación del negocio fiduciario	97
2.4.1.2 La revocación del negocio en el contrato de fiducia mercantil y los límites del patrimonio autónomo	103
2.4.1.3 Esfuerzos doctrinales frente a la formación del patrimonio autónomo y la revocación del negocio fiduciario	107
2.4.2 Los patrimonios autónomos en el derecho tributario colombiano. Consideraciones preliminares	110

2.4.2.1	El legislador extraordinario de 1974	112
2.4.2.2	La reforma tributaria de 1995 y el concepto de patrimonio autónomo	114
2.5	Conclusiones del capítulo	118
3.	LA FIDUCIA PÚBLICA EN COLOMBIA, SU PROBLEMÁTICA Y DISCUSIÓN	123
3.1	El entorno de la problemática y discusión acerca de la fiducia pública	124
3.2	Hacia la construcción del Estatuto de Contratación Estatal	127
3.3	El debate acerca de la fiducia en el contexto de lo público	131
3.4	La fiducia pública y el Estatuto de Contratación Estatal	134
3.5	La revisión constitucional de 1995 y la estructura del negocio fiduciario frente a la fiducia pública en Colombia	140
3.6	La fiducia pública y sus excepciones	147
3.7	Conclusiones del Capítulo	152
4.	EL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDUCIARIO FRENTE A LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES	157
4.1	Elementos descriptivos del patrimonio autónomo fiduciario en el panorama del derecho concursal colombiano	157
4.2	El planteamiento de un problema: del Código de Comercio colombiano a las decisiones de la Superintendencia de Sociedades sobre el tratamiento de la fiducia de garantía durante los años noventa	164
4.2.1	Las modificaciones al régimen de concursos y su impacto en el tratamiento de los patrimonios autónomos en el negocio fiduciario	184
4.2.2	La fiducia y los patrimonios autónomos en la Ley 222 de 1995	186
4.2.3	El concurso en épocas de recesión: reactivación empresarial, fiducia y patrimonios autónomos	190
4.2.3.1	La reactivación empresarial frente al tratamiento de las garantías	196
4.2.3.2	La fiducia mercantil de garantía en el marco del acuerdo de reestructuración	199
4.2.4	El recaudo de la práctica concursal: consolidación y cambios en la política legislativa a partir del régimen de insolvencia empresarial	201

4.2.4.1 Aspectos relativos al ámbito de aplicación de la Ley 1116 de 2006 frente a la fiducia mercantil y el patrimonio autónomo	201
4.2.4.2 Manejo de garantías otorgadas a terceros frente a obligaciones contraídas por el deudor en insolvencia ...	210
4.2.4.2.1 Las previsiones sobre garantías en la insolvencia	211
4.2.4.2.2 Los cambios producto de la Ley 1676 de 2013 sobre promoción del acceso al crédito y garantías mobiliarias	215
4.2.4.3 Excepciones y exclusiones particulares para las garantías fiduciarias y patrimonios autónomos	221
4.3 Conclusiones del capítulo	222
CONCLUSIONES	229
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	247

LISTA DE TABLAS

Tabla N° 1.

Excepciones a la prohibición para la constitución de fiducia pública
en Colombia

147

INTRODUCCIÓN

En diciembre de 1995 la Superintendencia de Sociedades de Colombia falló una serie de recursos de reposición interpuestos por instituciones financieras dentro del trámite concursal de Acerías Paz del Río S. A., decisión que alteró el panorama de los negocios fiduciarios de garantía en Colombia por la interpretación que daba a los efectos del patrimonio autónomo fiduciario frente al concordato. La decisión, que fue duramente cuestionada desde el ámbito del derecho privado al ser catalogada como de carácter político, revelaba un alto grado de tensión frente a los inconvenientes producidos por los efectos propios de los patrimonios autónomos ante los dispositivos legales del concurso, amparados en el principio de universalidad e igualdad de los acreedores, por la posibilidad de que las garantías fiduciarias pudieran ser realizadas por fuera de la égida del procedimiento concursal con fundamento en tres consideraciones de orden legal:

- i. El contrato de fiducia en garantía y, en consecuencia, el patrimonio autónomo integrado con bienes necesarios para el acuerdo concursal, se había celebrado y constituido formalmente con anterioridad a la solicitud e iniciación del trámite de recuperación de la empresa.
- ii. Los bienes habían sido enajenados y, por lo tanto, su propiedad había sido transferida por el constituyente a título de fiducia.
- iii. Los actos de realización de la garantía fiduciaria eran actos de un tercero (la sociedad fiduciaria), que obraba en desarrollo de un acuerdo previo al trámite concursal, acuerdo que para su ejecución requería del cumplimiento de prestaciones por parte de la sociedad fiduciaria, así como del ejercicio de los derechos adquiridos por los beneficiarios de la garantía. La oposición de la Superintendencia frente a esta tesis fue rotunda, sus argumentos daban al patrimonio autónomo y al contrato de fiducia alcances diferentes de los comúnmente aceptados por la doctrina nacional, argumentos que dejaron a un lado las interpretaciones que a lo largo de más de veinte años se habían construido sobre el negocio.

No era la primera vez que los efectos de los patrimonios autónomos en el marco del contrato de fiducia eran puestos en tela de juicio: también un largo debate se había presentado en materia fiscal sobre la posibilidad de evasión y elusión tributaria con la constitución de patrimonios autónomos; a su vez, en el ámbito del derecho financiero, se cuestionaba la posibilidad de revocación del contrato de fiducia y por lo tanto del patrimonio autónomo fiduciario, por la acción de los acreedores del constituyente del negocio para lograr el pago de sus acreencias, en aplicación de la acción prevista en el artículo 1238 del Código de Comercio en materia de fiducia. Estos tres debates vinieron acompañados años después, durante la primera mitad de los años noventa, del cuestionamiento de la fiducia mercantil frente a la contratación estatal, debate que termina con la supresión de los patrimonios autónomos en esta clase de negocios y con el reconocimiento de una nueva forma de contrato: la fiducia pública. Sin embargo, pese a los cambios en el orden legal y al sostenimiento de nuevas tesis en torno a las decisiones de autoridades administrativas y judiciales del país, la materia seguía ofreciendo desde la dogmática tradicional las mismas respuestas, las mismas consideraciones frente a la explicación del instituto jurídico en cuestión que, como se verá a lo largo de este trabajo, amparadas en la búsqueda de coherencia y sistematización, no dejaban de causar desconcierto por sus contradicciones.

Al revisar las respuestas que se ofrecieron por la doctrina para la construcción del concepto de patrimonio autónomo dentro del marco de la teoría del contrato y del derecho de los bienes, se pueden clasificar en distintas categorías y subcategorías los trabajos escritos sobre la materia, trabajos que muestran, desde los años setentas, un esfuerzo por determinar los alcances del patrimonio autónomo fiduciario.

Entre estos trabajos que hacen parte del estado del arte de la discusión aparecen dos grandes categorías que se encuentran en función de la problematización que se hace desde la dogmática jurídica del derecho privado. En la primera categoría figuran los estudios sobre fiducia relacionados con el tema de los patrimonios autónomos, trabajos elaborados desde el ámbito del derecho de los contratos mercantiles, en donde el asunto aparece correlacionado, en algunos casos más, en otros menos, con temas relativos al derecho financiero entendido éste como regulación económica de intervención, pero sin que se pierda el carácter eminentemente privatista del análisis. En esta primera categoría los hallazgos se refieren a cuatro grandes temas, siendo el principal (i) los aspectos dogmáticos de la fiducia y los patrimonios autónomos; (ii) las clases de administración fiduciaria, con el fin de determinar las modalidades de negocios fiduciarios y

sus características; (iii) trabajos que referencian el desarrollo histórico de la fiducia y sus orígenes con fines descriptivos y en otros casos interpretativos de la fiducia en el país y, finalmente, (iv) estudios sobre el patrimonio autónomo en específico. Aquí se encuentran dos referentes: aproximaciones que se hacen desde el derecho de los contratos, es decir desde la sistemática propia del contrato de fiducia, y trabajos desde el derecho de los bienes, es decir, teniendo en cuenta principalmente, la ubicación del patrimonio autónomo dentro del contexto de la teoría de la propiedad.

En la primera categoría sobre los aspectos dogmáticos de la fiducia y los patrimonios autónomos se distinguen por sus particulares características los trabajos de Rodríguez Azuero (2005), Casas (1997), Bohórquez (2005) y Rengifo (2001). Todos ellos giran en torno a la descripción de la fiducia desde el contexto legal, tratando de hacer una revisión pormenorizada de los elementos característicos de la fiducia, elementos que incluyen el aspecto patrimonial. El trabajo de Rodríguez Azuero (2005) es un intento por compendiar en forma descriptivo - analítica, la estructura del contrato de fiducia, sus contenidos, modalidades y vicisitudes a partir de los textos legales. Si bien la estructura del trabajo cuenta con un breve apartado sobre algunos aspectos históricos del negocio fiduciario, la descripción a la que se llega ubica al patrimonio autónomo dentro de la categoría de patrimonios de afectación¹, destacando la revisión descriptiva de derecho extranjero que abarca catorce países de Latinoamérica, así como el pormenorizado análisis de las obligaciones derivadas del contrato de fiducia, y en especial, aquellas en las que se concentra la responsabilidad del fiduciario a partir de los deberes indelegables del fiduciario descritos en las normas mercantiles colombianas. Al igual que sucede con el clásico estudio de Casas (1997)², y con

-
- 1 En efecto, si bien Rodríguez Azuero (2005) hace algunos reparos sobre el término, indica que la legislación mercantil de 1971, al determinar que los bienes entregados en fiducia conforman un patrimonio autónomo "...destinado esencialmente a la búsqueda de una finalidad en términos que no pueda confundirse con los bienes del fiduciario ni con los de otros patrimonios autónomos que administre el fiduciario..." (p. 198), no se enmarca en el concepto de patrimonio especial, sino en la teoría del patrimonio de afectación, sin que se ahonde en la revisión doctrinal del concepto. Incluso afirma en forma bastante pragmática, que el debate sobre la naturaleza del patrimonio autónomo se ha dejado a la academia (p. 212), y agrega que "...lo que resulta fundamental es entender que, a pesar de no contar con personería jurídica, el patrimonio se ha reconocido como sujeto de derecho, capaz, por ende, de adquirir derechos y de contraer obligaciones. Y ello, por consiguiente, tanto desde el punto de vista sustancial como para los efectos procesales, o sea, para concurrir como demandante o demandado en una controversia judicial" (p. 212).
 - 2 Casas (1997) indica en el título de su estudio sobre la fiducia que se trata de un recuento histórico desde la expedición de la Ley 45 de 1923, y que el estudio contiene la evolución técnica y jurídica, sin embargo, de su lectura se muestra, al igual que en el caso de Rodríguez Azuero (2005), un intento por seguir la ruta de aparición normativa, dando preminencia a la interpretación de la ley en términos conceptualistas y delimitando los eventos históricos a algunos detalles básicos sobre el "trust" anglosajón como origen del modelo contractual y a los años de aparición de las normas en el ámbito de la organización financiera. Una de las dificultades básicas que revela este tipo de trabajos es que la revisión de contextos en el ámbito del análisis histórico queda reducida a la relación del trabajo del legislador principalmente, y en algunos casos en la conceptualización a partir de la revisión sistemática de la ley o de la expresión normativa particular de que se trate.

el de Bohórquez (2005)³, en donde los análisis ofrecidos no buscan dar solución o respuesta a una pregunta jurídica en particular, sino a la revisión sistemática del conjunto normativo ofrecido desde la expedición del Código de Comercio colombiano de 1971, tratando de mostrar su coherencia interna en términos de sistematización legal.

Entre estos trabajos, sobresale por sus diferencias con los anteriores, el de Rengifo (2001): “La Fiducia, Legislación nacional y Derecho Comparado”. Este documento es la revisión y actualización de la investigación publicada por el autor en 1984, como resultado de sus trabajos de la investigación acerca de la legislación angloamericana y el análisis de la misma frente a la legislación nacional en materia mercantil. En ese sentido Rengifo (2001) parte de la consideración de que la fiducia en todos sus aspectos proviene de una familia jurídica muy diferente a la colombiana y hace un esfuerzo profundo por presentar la evolución de la misma en el ámbito angloamericano, lo que permite observar el proceso de formación de la estructura del *trust* a la par del desarrollo del *common law* y la *equity*, para soportar el andamiaje anglosajón de la propiedad fiduciaria, con lo cual procede a elaborar, en una segunda parte, conceptualizaciones a partir de la sistemática de las normas introducidas en la codificación mercantil colombiana.

De otra parte, Rengifo (1998), en su informe de investigación realiza un examen formal del contrato de fiducia en Colombia en función de sus rasgos constitutivos, las partes que lo integran y deberes de las mismas, para dedicarse en especial al tema de las finalidades del negocio fiduciario, es decir, a las principales modalidades contractuales en que se desenvuelve en Colombia el negocio fiduciario, con el fin de revisar la responsabilidad civil del fiduciario y la postura de la Corte Constitucional en relación con la fiducia pública en la Ley 80 de 1993, o ley de contratación estatal. Es un trabajo de tipo exploratorio y descriptivo a partir de las conceptualizaciones que la doctrina formula sobre el negocio a partir de la revisión legal, logrando un recorrido serio y descriptivo sobre el contrato en el país.

3 El trabajo de Bohórquez (2005), sobre contratos en particular, corresponde a un proyecto mucho mayor sobre el negocio jurídico, en donde el autor, con notable influencia de la escuela italiana y de los trabajos de Fernando Hinestrosa desarrollados, no sólo desde las traducciones que este realizara de la obra de Scognamiglio (1983), sino desde sus obras compresivas del derecho privado, como es el caso de trabajo sobre el derecho de las obligaciones (Hinestrosa, 2002) y su difusión permanente de los estudios de Emilio Betti sobre obligaciones (1969) y sobre la teoría del negocio jurídico (2000), desarrolla lo que se podría denominar como etiología del negocio jurídico con el fin de acoplar los contextos legales y judiciales de su manejo frente al estudio de sus complejidades haciendo revisión crítica del a su vez de la estructura ofrecida por Betti (2000). Por lo que la estructura de su estudio sobre la fiducia, si bien sigue de cerca los contenidos legales, responde a la estructura que propone sobre el negocio jurídico en general desde la perspectiva mencionada.

Asimismo, en este grupo, se debe incluir el trabajo “El contrato de fiducia mercantil”, de Gaitán Cuesta (2002)⁴, en donde se describe el negocio fiduciario como contrato junto con sus modalidades sin que se trate en profundidad el tema del patrimonio autónomo. Estos trabajos, como ya se indicó, tienden a enfatizar su estudio en la estructura del contrato y sus elementos esenciales, sin que se diligencie adecuadamente y de manera unitaria el concepto patrimonial, que justamente es el que causa la mayor cantidad de dudas e inquietudes académicas frente a su aplicación a casos prácticos⁵.

En esta categoría de trabajos se integran aquellos que revisan no sólo el contrato de fiducia sino que se acercan con alguna profundidad a un enfoque del concepto de patrimonio autónomo desde el derecho de los bienes, aun cuando no desarrollan un modelo satisfactorio de los asuntos propuestos y de la problemática jurídica planteada, que como en alguno de estos se indica, no se trata sino de un “intento por definir” sus contenidos, más con el fin de comprender el contrato en su estructura, que por definir sus efectos patrimoniales concretos a la luz de una teoría del patrimonio desde el derecho de los bienes. Este es el caso de los trabajos de investigación Figueredo Vivas (2011), y González (2001), el primero denominado: ¿Patrimonios autónomos ficción o realidad? Atribución de personería a los patrimonios autónomos en materia sustancial y procesal Responsabilidad directa, el segundo sobre “El patrimonio autónomo en la contratación fiduciaria en Colombia”, en los cuales desde la perspectiva procesal se discute la calidad de sujeto de derecho y la posibilidad de ser parte procesal de los patrimonios autónomos, y en el caso del segundo trabajo, se muestra un análisis a partir de los contenidos patrimoniales de algunos temas aplicados en materia fiscal, financiera y contable de los patrimonios autónomos en la actividad

4 El trabajo de Gaitán (2002), es el resultado de su investigación como trabajo de grado en la especialización en derecho comercial de la Pontificia Universidad Javeriana y se puede consultar en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere3/tesis01.pdf>

5 Aquí pueden integrarse dos recientes esfuerzos de similar importancia, uno enfocado a los marcos generales del contrato de fiducia y los patrimonios autónomos: el documento de Cárdenas (2014), en el que, luego de una revisión de doctrina y decisiones de la Corte Suprema de Justicia, afirma, entre otras cosas que “...la noción de patrimonio autónomo es una excepción al régimen general que considera al patrimonio como un atributo de la personalidad” (p. 21) y que como tal, requiere de una disposición legal que lo autorice. De otra parte Varón y Abella (2014) presentan el contrato y sus efectos en el mercado de valores con un claro espíritu descriptivo frente al contexto de la regulación económica en la materia, para ello siguen la presentación usual de los elementos estructurales del contrato y las diferencias entre las modalidades de negocios para establecer los marcos legales de los derechos fiduciarios como objetivo final del mismo. Este trabajo es una muestra de las interrelaciones entre el derecho privado de los contratos y la regulación económica producto de las autoridades administrativas, en ese sentido observa en sus conclusiones sobre los derechos fiduciarios que: “La ley regula varios tipos de contratos fiduciarios. Como son la fiducia mercantil, el encargo fiduciario, la fiducia pública y el encargo fiduciario público. A su vez, la Superintendencia Financiera de Colombia, teniendo en cuenta los tipos de contratos fiduciarios existentes, ha desarrollado una clasificación enunciativa por tipos y subtipos de negocios fiduciarios, para efectos del reporte de la información y su transmisión a esa autoridad” (p. 67) De igual forma son trabajos que dan por sentado el desarrollo completo de los enunciados legales para la resolución de los problemas derivados de la práctica del negocio.

fiduciaria, sin que se sugiera al menos un modelo teórico para el mismo, por lo que se encuentra en función de la revisión de casos particulares y su crítica frente a los objetivos planteados en la revisión general.

Manrique Nieto (1998) en su trabajo sobre la fiducia de garantía, pretende explicar las recientes dificultades que para la época venía presentando la modalidad de fiducia, a la luz de lo que debe entenderse por acción revocatoria fiduciaria, contenida en el artículo 1238 del Código de Comercio, con el fin de analizar las posibilidades de revocación de una fiducia y compararlo con la fiducia en garantía frente al concordato, en donde cuestionaba su uso como medio de alzamiento de bienes frente a los acreedores de la empresa mirado desde la perspectiva privatista, para terminar con la comparación del negocio fiduciario con otras modalidades de garantías financieras con el fin de definir y conceptualizar a partir de la ley su naturaleza jurídica.

Un trabajo altamente especializado en su temática es “El fideicomiso en Latinoamérica” dirigido por Urquizu, C.(2010), que hace parte de los resultados del trabajo de investigación denominado “La fiducia y el trust en el contexto internacional de Iberoamérica y España”⁶, que revisa en 18 países desde un punto de vista formal el contexto normativo de la fiducia, sus aspectos y contenidos fiscales, las modalidades principales en cada país y las vicisitudes propias del contrato como mecanismo de administración y garantía, por lo que quizás hoy, es la síntesis más importante que hay en términos de derecho extranjero en Latinoamérica. Estos trabajos si bien aportan criterios formales dentro de los marcos del derecho privado, no hacen referencia a los momentos de crisis en la aplicación del concepto de patrimonio autónomo básico para una adecuada consideración de las soluciones y de la estructura interpretativa de la institución⁷.

Uno de los trabajos recientes más destacados relacionados con el tema, por ser de base conceptual y marco básico de referencia metodológica es el

6 El trabajo de Urquizu, C., (Director). (2010) El fideicomiso en América Latina publicado por Marcial Pons, está conformado por una serie de temas propuestos a investigadores de cada uno de los países revisados, por lo que constituye una revisión de contextos sobre asuntos técnicos del negocio fiduciario, como lo son los referentes técnico – contables y financieros de la fiducia y el desarrollo de algunas de sus actividades, particularmente la administración de fondos y la securitización en el mercado bursátil.

7 Entre estos trabajos que recogen la experiencia en otros países, hay dos comúnmente citados y que corresponden, cada uno en su periodo, a intentos por sistematizar la legislación y la problemática de los negocio fiduciarios: Lepaulle (1975), el más citado por nuestros doctrinantes y autoridades administrativas, que fuera además muy importante en las discusiones que se dieron en materia fiscal para la reglamentación tributaria de los mediados los años 70 sobre fiducia en Colombia. El otro trabajo es el de Kiper, M. & Lisoprawski, S. (2004). Este monumental trabajo trata de hacer un recorrido sobre la problemática fiduciaria en occidente, con el fin de explicar el funcionamiento del fideicomiso en Argentina.

de Rengifo G, (2011), sobre la teoría general de la propiedad. Los trabajos que sobre el concepto de propiedad (y sobre el contenido patrimonial) se han realizado en Colombia han sido trabajos fundamentados principalmente en la ley como fuente formal siguiendo los criterios de interpretación propios de la exégesis y de la jurisprudencia de conceptos del siglo XIX y por lo tanto su punto de partida se concentra en una revisión de los enunciados normativos y sus consecuencias, en la determinación de categorías y criterios universales para derivar de manera lógica, consecuencias jurídicas, en un entorno propio de las técnicas interpretativas del Código Civil, contenido principalmente en su columna vertebral: la Ley 153 de 1887. Esta forma de revisión teórica de los problemas del derecho privado ha concentrado las respuestas en la coherencia y completitud de ley y por lo tanto ha evadido los procesos propios de la adecuación normativa a las realidades sociales desde otros campos y ramas del derecho. Este caso, tan común en nuestro medio de comprensión y enseñanza del derecho ha hecho que la forma y el rito normativo sean lo principal para la aplicación del derecho⁸. Rengifo (2011) propone una respuesta distinta en su trabajo, en la cual pone como centro el trasfondo del realismo jurídico para lograr una mirada diferente al derecho de la propiedad y del patrimonio. A todas luces busca enfrentar la insuficiencia de las explicaciones tradicionales contenidas en los textos de bienes colombianos a partir de la superación de las perspectivas privadas (subjetivas) y públicas (objetivas) para una adecuada comprensión del problema que se sugiere en donde: “La complejidad de los sistemas jurídicos modernos exige que se tracen distinciones más sutiles en las categorías utilizadas para describir la regulación de la propiedad, la posesión y el patrimonio.” (p. 2). Procede entonces a realizar un debate sobre el concepto de propiedad en el derecho civil frente a los criterios del realismo jurídico y a revisar las teorías sobre el patrimonio, para considerar que el patrimonio es un concepto de tipo funcional y operativo en relación con los bienes, acogiendo un criterio de afectación y superando los criterios restringidos de la tradicional doctrina clásica sobre el patrimonio. Este trabajo tiene dos aportes fundamentales, es el inicio de una revisión profunda de los elementos clásicos del derecho de los bienes y,

8 Junto con el trabajo de Rengifo, M. (2011) resulta obligado mencionar el trabajo de López Medina, D. (2006), que busca presentar frente al tradicionalismo de fuentes la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho, para lo cual revisa el concepto de jurisprudencia y establece una metodología para el análisis de líneas jurisprudenciales que permitan establecer la fuerza y obligatoriedad del precedente judicial. Junto a este trabajo es indispensable mencionar el extenso documento investigativo de Bohórquez (2016), que se pregunta en materia del derecho civil sobre la creación judicial del derecho, la naturaleza de la jurisprudencia como precedente en materia civil y sus reglas, a través, de una profunda revisión del cuerpo teórico sobre la materia, así como de sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en desarrollo de lo que ha denominado principio de completitud y creación judicial del derecho. Estos trabajos en los que se presentan las reglas sobre creación judicial del derecho y la formación de líneas jurisprudenciales, superan con creces los tradicionales de análisis como los de Giraldo, J., & Giraldo, O. (1999), que tanto se usaron en la enseñanza del derecho.

además, contiene una propuesta metodológica diferente para esa revisión desde los postulados del realismo jurídico⁹.

Otro trabajo que sigue esta nueva línea y que resulta fundamental para la comprensión de los problemas críticos de interpretación de los institutos del derecho privado es el de Calderón (2011), titulado “La Constitucionalización del Derecho Privado”. Este trabajo desarrolla un marco muy especial en el ámbito normativo de crisis y es el hecho del reconocimiento del entorno constitucional en el ámbito del derecho privado, como el tema constitucional incide en el marco de lo privado irradiándolo, sus respuestas y choques interpretativos, que enmarca en una triada: contrato, mercado e igualdad, en la cual hace una presentación de las categorías “(...) que inciden en la calificación de un asunto como relevante para el derecho privado o para el derecho constitucional...”, en donde

“No puede sorprender que el derecho privado sea entendido, en el marco del litigio constitucional, como un recurso disputado por los agentes particulares y que comprende las pautas de pensamiento que defienden un vasto y profundo margen de acción protegido por la autonomía de la voluntad y a las que repugnan los intercambios forzosos.” (Calderón, 2011, p. 24).

El autor pasa a revisar de manera crítica casos y líneas jurisprudenciales en materia constitucional en las que se revisan los criterios de constitucionalización del derecho privado. Este trabajo tiene la particularidad de revisar los argumentos de los agentes del derecho privado frente al “ataque” de lo constitucional y de presentar los argumentos que a su turno responden a las consideraciones de naturaleza constitucional que buscan proteger los derechos de quienes, en la esfera de los mercados, pueden verse afectados como usuarios, clientes, empresarios, en donde confluye el problema de lo técnico y de sus costos, es decir, de los costos de los derechos frente a su realización efectiva. Busca en su propuesta sistematizar desde las respuestas constitucionales, los problemas de acceso a dos ideas diferentes, la idea utilitarista de los criterios del individualismo tradicional burgués que se refleja en las formas de interpretación

9 Resulta sobresaliente el esfuerzo de Rengifo G, (2011) por estudiar la Teoría de la propiedad a partir marcos teóricos propuestos desde Hohfeld (2009) y Adolf Reinach (2010), entre otros. Son estudios que buscan mostrar un derecho de contextos tratando de integrar las fuentes del derecho tradicionales con la teoría y la práctica del derecho frente a las dificultades en su uso y las respuestas ofrecidas. Una mirada profunda del autor al tema se puede encontrar en su análisis sobre “Los derechos de propiedad en Colombia: una interpretación comprensiva”, Rengifo (2003), trabajo novedoso en su enfoque, cercano a la senda de los trabajos sobre derecho en contexto que propone Twining (2003) y que introducen Guardiola- Rivera & Sandoval, C. (2003), que como lo enuncian los autores, buscan fortalecer una teoría jurídica en acción, haciendo evidentes sus contradicciones y procesos de formación.

de lo patrimonial, frente a las ideas de protección de lo público en término de derechos.

De otra parte, se encuentran los trabajos que abren la discusión dogmática sobre el negocio fiduciario y los patrimonios autónomos en materia de derecho público que refieren dos temas en áreas bien distintas: el tratamiento fiscal de la fiducia en materia de impuesto sobre la renta y complementarios, y, en segundo lugar, sobre la contratación fiduciaria y constitución de patrimonios autónomos, todos ellos a partir de los parámetros de la legislación mercantil, en materia de contratación estatal.

En ambos casos se parte de dos puntos en común, el primero, como resulta usual en la discusión frente a la fiducia y los patrimonios autónomos, frente a la determinación de las características de la fiducia y de su régimen patrimonial a partir de las normas del Código de Comercio de 1971, y en ese sentido aparece, en forma homogénea, la revisión de la fiducia y de los patrimonios autónomos como una estructura completa desde el ámbito legal en materia mercantil, estructura que para la mayoría debe ser mantenida con el fin de no alterar la naturaleza del negocio.

Como se muestra en varios de los trabajos sobre el tema fiscal y de la contratación pública, el problema se encuentra en cómo mantener la estructura contractual mercantil y por lo mismo, en cómo ampliar su comprensión para poder determinar los alcances de su aplicación tributaria, así como para limitar las posibilidades de evasión fiscal, términos que se mantienen también como correlativos en materia del proceso de contratación estatal frente al contrato de fiducia, en donde las discusiones sobre la posibilidad de una fiducia pública siempre se encuentran con la discusión privatista por su negativa a cualquier argumento que altere la interpretación tradicional de la legislación mercantil sobre patrimonios autónomos. Dos intereses se confrontan en este aspecto: de una parte, el interés de la interpretación y aplicación adecuada de un régimen de contratación privada, y de otra, de acuerdo con el interés público, la prevención frente al fraude, la elusión fiscal o las dificultades de control frente a la contratación de los patrimonios autónomos en materia de contratación pública.

En esta segunda categoría aparecen tres grupos de trabajos: (i) trabajos de problematización en materia de contratación estatal, en particular sobre el tema de fiducia mercantil frente a la posibilidad (antes de la Ley 80 de 1994) de su

aplicación y operación en materia pública¹⁰, y luego (después de la Ley 80 de 1994), sobre la fiducia pública, ejemplo de ello es el esfuerzo de compilación sobre la materia de Quintero y Mutis (1995), que describe no sólo las características del contrato de fiducia mercantil frente al contrato de fiducia pública reglado en el Estatuto de 1994 y las discusiones frente a la sentencia de la Corte Constitucional sobre la materia (C-086 de 1995), manejando la misma estructura del trabajo descriptivo, ya citado de Rengifo (1998), a diferencia de trabajos posteriores que han decantado y conciliado las diferencias en materia de contratación estatal entre lo privado y lo público, como es el caso de Benavides (2004), por lo que resulta importante aclarar que en el contexto de la segunda categoría, algunos de estos trabajos vienen escritos por autores privatistas de la primera categoría. En la mayor parte de estos casos, se evidencia la preocupación por las respuestas que frente a los patrimonios autónomos fiduciarios se ofrecen ante las dificultades que aparecen en temas como la contratación estatal, el tratamiento fiscal y el régimen de concursos y garantías para el cumplimiento de las obligaciones, preocupación que se hace en función del trazo de linderos del derecho privado y lo que algunos denominan como “fin del negocio fiduciario”.

Finalmente, el recorrido por el estado del arte en la materia evidencia una gran discusión, ya no desde las fronteras del derecho público sino desde el mismo derecho comercial, acerca del tratamiento de los patrimonios autónomos fiduciarios en el régimen concursal colombiano, que hoy se manifiesta, en particular en materia de garantías mobiliarias. En este caso, si bien los problemas son de distinta naturaleza, pues se trata de la aplicación de las reglas del concurso frente a dos objetivos específicos que han ido variando con el paso de los años:

10 En este primer grupo se encuentran los trabajos de Castrillón (1991), Manrique Nieto (1991), Cediel (1991), Montes (1991) y Fajardo (1991). Para 1991 se encontraba vigente el Decreto 222 de 1983, anterior régimen de contratación pública en Colombia. En este régimen no se legisló sobre el contrato de fiducia por lo que la contratación fiduciaria en materia pública se encontraba por fuera de las reglas del derecho de los contratos públicos y se contrataba en forma directa y dentro de los marcos del derecho mercantil, por lo que las distinciones tradicionales del derecho privado seguían incorporándose para la contratación estatal, lo cual implicaba para la fiducia mercantil el uso de patrimonios autónomos como forma natural de la estructura del negocio y de encargos fiduciarios. Todos estos trabajos tratan de responder desde el derecho privado si las reglas de lo público debían ser aplicadas en el derecho del contrato de fiducia por razones de la separación patrimonial, por la ejecución de presupuesto por una entidad privada y por el desvío del régimen contractual pública hacia las reglas de la administración fiduciaria. Castrillón (1991), por ejemplo, indica en sus conclusiones que “El derecho comercial suministra una tipología contractual suficientemente clara para identificar y diferenciar a este negocio jurídico” (p. 29), con el fin de indicar que el marco privado era suficiente para ser aplicado en el Derecho Público. Cediel (1991), mantiene una postura diferente a la tradicional privatista, expresando que “El negocio fiduciario en la actualidad, salvo ley que lo regule en forma diferente, no puede constituirse en forma de evasión de los Estatutos Contractuales, ni es la vía idónea para la realización de todo tipo de contratos que deba realizar la administración” (p. 71), su postura busca el sometimiento de las reglas de contratación estatal a los negocios de fiducia, por el contrario, desde un análisis de las normas, tanto públicas como privadas, Fajardo (1991) opina que si la causa de la celebración del contrato de fiducia en materia pública es lícita no existe problema alguno para su celebración cuestionamiento que sólo sería viable en los eventos de fraude a la ley, o desviación de poder. Estos trabajos del año 1991 fueron capítulos de libro resultado de un seminario adelantado en la Universidad de los Andes sobre el tema, se encuentran disponibles en: Cardona, L. (Ed.), (1991).

salvar la empresa como fuente de riqueza y empleo con la participación de los acreedores o adelantar su liquidación cuando su salvamento no es viable, la tensión se evidencia a partir de la discusión general sobre el tratamiento de los acreedores con garantías reales y su participación en el concurso hacia la interpretación y flexibilización de los efectos de las fiducias mercantiles de garantía, en razón a que sus efectos patrimoniales, en principio y en aplicación de la interpretación dogmática del contrato y del patrimonio autónomo, conllevaban la imposibilidad de hacer comparecer al procedimiento a sus beneficiarios.

Esta revisión doctrinal muestra en la construcción teórica dos movimientos diferentes con conclusiones ambivalentes: de una parte evidencia la tendencia por mantener el estado de las cosas en materia de contratación fiduciaria y el sostenimiento de los efectos propios del patrimonio autónomo a partir de la interpretación sistemática de la legislación mercantil, frente, en segundo lugar, al amplio conjunto de casos resueltos a partir de lo que se denominó como argumentos extra-dogmáticos, argumentos calificados en su momento como “políticos”, por adoptar criterios que restringían los efectos de la fiducia en el ámbito concursal para salvar la empresa viable en aplicación de los principios del procedimiento de recuperación. Es muy importante resaltar que estas discusiones parten siempre de la interpretación tradicional de la fiducia y del patrimonio autónomo como si se tratara de un “corpus” inamovible contenido en la ley de los contratos mercantiles, frente al cual debe alinearse un plexo de argumentos que dan paso por los bordes a una solución comprensible de la aplicación de las reglas del procedimiento concursal.

En materia de concursos, como se explicó, se distinguen cuatro autores principales, que han mantenido en forma constante su trabajo de investigación alrededor de la evolución de la legislación sobre procedimientos de recuperación de la empresa desde la expedición del Código de Comercio Colombiano en el año 1971, hasta la fecha. Son ellos Reyes Villamizar (2004)¹¹, Rodríguez Espitia (2008)¹², junto con Isaza & Londoño¹³ (2007). Todos ellos tienen en común una visión descriptiva a partir de la fuente legal, de la problemática del concurso en

11 Tal vez el trabajo más difundido de Reyes Villamizar (2004) en la academia es su estudio del régimen de sociedades en dos tomos, estudio que compendia no solo la parte general y especial del esquema societario sino que, además, hace un recorrido descriptivo por los aspectos más relevantes del procedimiento concursal colombiano (hoy concentrado en el régimen de insolvencia), a partir del análisis de los principios del procedimiento y de la legislación.

12 Al igual que sucede con Reyes (2004), Rodríguez Espitia (2008) cuenta con un estudio del “Nuevo Régimen de Insolvencia”, quizás su trabajo más conocido en el ambiente académico, en el cual desarrolla una exégesis de el régimen incorporado en el país desde el 2006.

13 Los denominados “Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial”, de Isaza & Londoño (2007), son una respuesta que intenta aplicar algunos de los conceptos básicos de la administración empresas a la dogmática de los concursos tratando de articular los principios del derecho concursal a la naturaleza del salvamento de la empresa en crisis y describiendo el marco normativo en que se mueve el tema de insolvencia.

la empresa en crisis, acompañada de la revisión de los principios del concurso. Es importante resaltar que las diferentes reformas y cambios introducidos por el legislador desde 1971, han buscado articular el salvamento de la empresa en crisis como fuente de riqueza y empleo, lo que ha hecho que el tema del manejo de las obligaciones garantizadas por la empresa haya sido centro fundamental del debate, incluso en el ámbito constitucional. Esto ha hecho que varios de los trabajos se hayan volcado, en las diferentes etapas del desarrollo legal, sobre los alcances constitucionales de la legislación concursal y sus principios, como es el caso de Rodríguez (2004) con su trabajo sobre Los principios rectores de la ley 550 de 1999, en el que revisa el concepto general de garantía junto con el de garantía fiduciaria, teniendo en cuenta que por vez primera se incorpora el tema de las garantías fiduciarias en la legislación sobre concursos de la época en tiempos de recesión económica. Los cambios posteriores que llevan a la expedición de la legislación sobre insolvencia en el año 2016 (Ley 1116) llevan a Rodríguez (2007) a presentar el régimen concursal como un régimen en vía de construcción, para evidenciar luego los desarrollos constitucionales que afectan al concurso y su aplicación específica en la materia (Rodríguez, 2008)¹⁴.

Al igual que en el trabajo de Isaza & Londoño (2007) en el que se hacen comparaciones sobre los cambios legislativos desde 1971, es decir, desde el Decreto 350 de 1989, La Ley 550 de 1999, a las normas sobre Insolvencia empresarial, Ley 1116 de 2006, Isaza (1995) desarrolla el tema de prerrogativas y privilegios en materia concursal y la problemática de la fiducia de garantía en materia del concurso, en un ambiente en que la legislación concursal y la legislación contractual de fiducia nada resuelven desde su exégesis (Isaza, 1999). Estos temas los recoge posteriormente desde la perspectiva de la Ley de Insolvencia (Isaza 2008), en las descripciones que hacen por separado con Londoño (2008) y en su trabajo conjunto del 2007. En todos los casos lo que se hace es la presentación y comentarios del esquema legal, de sus bondades, vacíos y dificultades.

Otro intento, a más de su obra general sobre el tema, es el de Reyes Villamizar (1999) al presentar los problemas de la fiducia en garantía frente al concurso. Este trabajo es muy interesante porque de alguna manera es un intento de dar respuesta a las dificultades que causó la decisión tomada por la Superintendencia de Sociedades en el caso de Acerías Paz del Río y a los comentarios de Alfredo Enrique

14 Es muy interesante observar como desde los años 90 hasta los temas relacionados con el concurso en materia de fiducia como garantía de pago de obligaciones de la empresa, involucraron trabajos de investigación que tuvieron como objetivo encontrar líneas de manejo de la problemática fiduciaria en materia de justicia arbitral, como es el caso del trabajo de Giraldo Bustamante (2005), en el cual se relacionan argumentos utilizados no sólo en las decisiones arbitrales sino por los intervinientes en la mismas.

Florez (1997)¹⁵ publicados dos años atrás en la revista *Universitas Jurídica* de la Universidad Javeriana, quien fuera protagonista directo de las discusiones por ser el director de la Sociedad Fiduciaria Anglo S. A. (FIDUANGLO), que justamente obraba como administrador fiduciario en el caso de Acerías Paz del Río. En esta discusión se considera que las determinaciones de la Superintendencia son más políticas que jurídicas por no continuar con la tradición interpretativa del derecho privado y en particular por no dar cabida a las reglas de la fiducia en materia de patrimonios autónomos frente a las disposiciones y procedimientos del concurso¹⁶. Reyes (1999) en su trabajo, describe los principios del concurso (universalidad, colectividad, igualdad) para analizar la finalidad del concordato y luego pasa a describir las características de la fiducia, sus elementos y la modalidad de garantía para tratar de armonizarlas con el régimen concursal y reafirmar la doctrina de la Superintendencia de Sociedades.

Al lado de estos autores, siguiendo el mismo sistema descriptivo de la ley para explicar los conceptos cercanos a los procedimientos concursales relacionados con los patrimonios autónomos y la fiducia, se encuentran trabajos insulares como el de Sotomonte Mujica (2009) que revisa a la luz del procedimiento concursal vigente el concepto de patrimonio autónomo, teniendo en cuenta que la Ley 1116 de 2006 permitió la incorporación del patrimonio autónomo a través del cual se permita el desarrollo de actividades empresariales como sujeto del concurso, asunto que considera acertado. En ese sentido, recuerda el autor las distintas formas de patrimonios autónomos cuyos efectos han sido reconocidos por la legislación colombiana, a más de la fiducia mercantil, como es el caso de la masa de bienes del ausente, de bienes del que está por nacer y la herencia yacente, para concluir con la preocupación acerca de la suerte de los patrimonios autónomos distintos al fiduciario, pues considera que todos debieran incluirse por ser patrimonios autónomos en el régimen y que sólo la interpretación judicial, más que la ley, pueden llegar a darles cabida (Sotomonte 2009. p. 19). Asimismo, Canosa (2014),¹⁷ determina como antecedente a la incorporación de los patrimonios

15 Flórez (1997) muestra cómo desde la visión contractual del negocio fiduciario las respuestas ofrecidas frente al procedimiento concursal en vigencia del Decreto 350 de 1985, causan problemas para el cumplimiento de los deberes contractuales del fiduciario. Son interpretaciones que para la dogmática tradicional del derecho privado no tienen coherencia y acaban con el esquema del contrato de fiducia y sus efectos patrimoniales propios de su naturaleza. Afirma Flórez (1997. P. 240) que la doctrina de la autoridad administrativa desconoce el valor del contrato vigente que está por encima del proceso concursal.

16 Es la opinión de Manrique Nieto (1998) quien considera, al igual que buena parte de la doctrina privatista de la época, que la respuesta de la Superintendencia es más hábil e ingeniosa que técnica y pide a su vez respuestas que den tranquilidad al acreedor con garantía fiduciaria para que se reconozca un mejor derecho por vía legal (P. 77 y 98)

17 Este texto de Canosa (2014) aparece en un momento muy interesante en materia procesal porque por primera vez, la legislación procesal civil, como legislación residual, reconoce a los patrimonios autónomos como sujetos del procedimiento, tal cual se observa en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012, artículo 53 No. 2).

autónomos como parte en los procedimientos generales, la expedición del Decreto 1049 de abril 6 de 2006, en la medida en que la norma reconoce al fiduciario como vocero de los patrimonios autónomos aun cuando estos no son personas jurídicas, estableciendo que, los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio del representante legal de la sociedad fiduciaria, sin que se aclare o ahonde en el sentido y alcance del término “vocería” frente a los sujetos de derecho y su representación.

Revisadas, hasta aquí, en su conjunto las diferentes categorías de trabajos ofrecidos sobre el tema, de ellos se desprenden una serie de características en la forma en que construye y elabora la conceptualización sobre los patrimonios autónomos fiduciarios y sobre las respuestas dadas a los problemas presentados frente a su aplicación en el tiempo. Estas características se podrían enunciar de la siguiente manera: (i) En todas las etapas y en todas las categorías se define y describe el contrato de fiducia y el patrimonio autónomo a partir de la disposición legal dispuesta en el Código de Comercio Colombiano evidenciando una elaboración deductiva de los conceptos sobre la materia; (ii) esto quiere decir que, si bien en algunos trabajos se hace mención a la formación de la fiducia a partir del *trust* angloamericano, no se acude para la interpretación de la institución más que al contexto legal como fuente, utilizando las técnicas propias de los métodos exegético y sistemático para la interpretación de la ley contenidas en el Código Civil, (iii) las respuestas a los distintos problemas que representa la aplicación de la fiducia y de sus efectos patrimoniales se enmarcan en casi todos los casos dentro de los parámetros dados por la ley mercantil, tratando de mantener su estructura legal incólume, es decir, conforme a la interpretación doctrinal integrada como dogmática propia de la materia.

Estos elementos descriptivos parecen mostrar que el tratamiento hermenéutico dado frente a los patrimonios autónomos desde la dogmática parte de la consideración de que la legislación es completa, clara y que el uso de la técnica básica de interpretación exegética y sistemática de las normas civiles y mercantiles son suficientes para explicar, no sólo la institución, sino para dar solución a los diferentes problemas que se han ido presentando con el uso de la figura en el ámbito colombiano.

A pesar de que en los últimos 26 años se hable de una transformación en el derecho privado colombiano, se observa que aún tiene una alta carga e influencia de la jurisprudencia de conceptos en la forma de interpretación de los institutos jurídicos que lo componen.

En sus orígenes la jurisprudencia de conceptos supone la respuesta a un conjunto de ideologías yuxtapuestas, como lo muestra Tarello (1995). En efecto, Tarello (1995) identifica dos ideologías¹⁸ que aparecen en la formación de los códigos adoptados en Europa en el siglo XIX, ideologías que se fueron consolidando durante los dos siglos anteriores: en primer lugar, la idea de que el derecho es arbitrario (p. 41), se origina en una voluntad soberana, y en consecuencia es mudable en el tiempo, lo cual supone, de una parte, que la autoridad puede hacer reglas o derechos nuevos y que su área de influencia es la misma área de influencia de la voluntad suprema, es decir, el Estado. En segundo lugar, Tarello (1995), identifica una segunda ideología por la que se considera al derecho como un dato más de la realidad, siendo el método de conocimiento del derecho, el método general de conocimiento, en donde las respuestas a los problemas del derecho se derivan de la lógica y de premisas ciertas, por ello, las reglas del derecho son proposiciones. Tarello (1995, p. 43), presenta como elementos de esta ideología el descriptivismo, el sistematicismo y el conceptualismo. El primer elemento parte de considerar las proposiciones jurídicas insertas en los códigos como verdaderas por lo que, en consecuencia, conlleva a que se considere que el derecho es coherente, ausente de toda contradicción, de allí que se deriven dos consecuencias típicas frente al tema: la primera consecuencia es que todas las proposiciones jurídicas tienen interrelaciones lógicas, por lo que los problemas hermenéuticos se solucionan a partir de las proposiciones jurídicas existentes y de la deducción lógica de sus interrelaciones. Por el sistematicismo se describe la interrelación entre las diferentes proposiciones jurídicas existentes, en un sistema que va de lo general a lo particular, "... En donde todas las proposiciones jurídicas se encuentran relacionadas "(...) lógica y conceptualmente con todas las demás" (p. 44). Finalmente, en relación al conceptualismo como elemento, Tarello (1995) describe el trabajo de la doctrina frente a las limitaciones del deductivismo, como un trabajo de construcción de teoría y conceptos a partir de los contenidos dispuestos en las disposiciones jurídicas, esto supone que desde las proposiciones jurídicas existentes, aparece una labor de conceptualización doctrinal que busca "ampliar los contenidos dispuestos" y, en ese sentido, como lo explica en su descripción, el conceptualismo "...desempeña un papel no sobre el proceso de codificación, sino sobre los usos

18 Un trabajo similar hace Uprimny (1997), para mostrar cómo en Colombia hay una fuerte tensión entre los modelos de interpretación jurídica identificando el deductivismo propio de la jurisprudencia de conceptos y de la exégesis en el siglo XIX, propio de las herramientas hermenéuticas tradicionales del derecho privado, frente al activismo judicial. Sobre el particular observa que las posturas que defienden la coherencia del ordenamiento legal y su completitud, la neutralidad del juez en la interpretación de la ley a partir de los métodos y técnicas tradicionales de interpretación contenidas en las legislaciones civiles, "...minimizan las inevitables lagunas o contradicciones del sistema legal, con lo cual legitiman una inocente visión de un Legislador omnisciente, que sería capaz de prever y regular de antemano todas las situaciones relevantes para el derecho." (p. 3) De igual manera, agrega, que las nuevas concepciones del lenguaje muestran que los conceptos contenidos en la ley no son unívocos, como lo propone la exégesis, sino que son: "...ambiguos o indeterminados" (p. 3), por lo que la actividad del juez no se reduce al deductivismo y por lo tanto los esquemas de cierre frente a las tensiones y vacíos legales no pueden subsumirse en los esquemas del derecho privado.

que las codificaciones realizarían” (p. 44). Es decir, que el derecho legislado como prescripción jurídica más que mandatos son proposiciones verdaderas y por ello coherentes. Lo anterior se evidencia en el caso del patrimonio autónomo fiduciario porque se observa que desde la interpretación ofrecida por la dogmática tradicional sus respuestas siguen la línea de la jurisprudencia de conceptos, sin embargo, cuando se deben resolver casos no paradigmáticos o difíciles, esta línea de respuesta tradicional sugiere vacíos, incoherencia o inseguridad jurídica, por lo que quien resuelve como operador jurídico, parecería obrar a partir de una jurisprudencia de intereses con respuestas a partir de los valores que el operador considera más importantes, aunque estas no coincidan con las respuestas de la doctrina tradicional.

La investigación que se presenta, analiza la doctrina colombiana frente al tema del patrimonio autónomo fiduciario desde su formación plena en los años setenta, hasta nuestros días.

De ahí que se formule como pregunta ¿Desde qué concepción de la dogmática jurídica es posible explicar la forma en que se han resuelto problemas jurídicos de la institución del patrimonio autónomo fiduciario en Colombia? Abordar este problema permitirá observar si las respuestas que ofrece la dogmática jurídica tradicional del derecho privado para resolver casos difíciles o no paradigmáticos en el caso de los patrimonios autónomos fiduciarios, son suficientes o si por el contrario se ha hecho necesario, en la práctica, introducir otras concepciones que rompen con el modelo tradicional. Como se indicó, a pesar de que en los últimos años se hable de una transformación en el derecho privado colombiano, se observa que en éste aún tiene prevalencia una concepción tradicional, con una alta carga e influencia de la jurisprudencia de conceptos en la forma de interpretación de los institutos jurídicos que lo componen, tal como se presenta en el caso del patrimonio autónomo fiduciario, pues se continúa haciendo definiciones exegéticas de la institución, partiendo de la consideración de que la legislación disponible en el derecho privado es completa, coherente y su conceptualización doctrinal permite al juez y al administrador inferir respuestas a los problemas jurídicos en todos los casos, tal como se evidenció en la revisión del estado de arte. Sin embargo, frente a los casos no paradigmáticos o difíciles, la respuesta dada por la dogmática tradicional en la práctica sugiere vacíos, incoherencia o inseguridad jurídica, por lo que, quien resuelve como operador jurídico, lo hace a partir de otras consideraciones hermenéuticas, que bien podrían coincidir en algunos casos con la jurisprudencia de intereses que promueve respuestas a partir de los valores que el operador considera más importantes, aunque no coincidan con las respuestas tradicionales.

Se considera, como hipótesis de trabajo, que desde la lectura tradicional de la dogmática del derecho privado, al ofrecer sus respuestas para dar solución a los casos no paradigmáticos sobre el patrimonio autónomo fiduciario, se generan vacíos incoherencias, inseguridad jurídica, pero esa insuficiencia se explica por la forma en que tradicionalmente se estudia, interpreta y enseña el derecho privado, lo que lo hace insuficiente ante la realidad de la aplicación del derecho en el que se entrelazan distintas fuentes jurídicas que escapan a esa tradición. Esto se observa en el caso de los patrimonios autónomos fiduciarios porque la solución que se ha ofrecido a casos concretos muestra la necesidad de interpretaciones más integrales, indisciplinadas o separadas de la tradición.

En la práctica, esta dogmática tradicional o jurisprudencia de conceptos no es suficiente para comprender todos los fenómenos jurídicos, como sucede en el caso que aquí se estudia del patrimonio autónomo fiduciario, ya que este instituto jurídico no se aplica de forma exclusiva en el derecho privado, desde donde se hace su conceptualización, también aparece en otros campos del derecho. Las construcciones que se ha hecho del instituto desde la óptica del derecho privado y las respuestas que desde ahí se ofrecen a problemas fácticos no son suficientes, básicamente por cuanto, a pesar de las transformaciones que ha habido al interior del derecho privado, éste sigue manteniéndose conservador, intacto y seguidor de la doctrina del siglo XIX, obligando al intérprete a tomar partido por unos intereses en lugar de otros.

¿Se debe romper o indisciplinar el derecho privado para el caso de los patrimonios autónomos fiduciarios? Sí, porque el derecho privado desde una concepción tradicional no es capaz de resolver en su integridad los problemas del derecho contemporáneo desde sus fronteras normativas y desde su dogmática de conceptos, por eso se ven vacíos, incoherencias y lagunas desde su perspectiva restrictiva que busca completitud, coherencia y cierre de las discusiones dando preeminencia a la fuente legal, en donde, a pesar de lo anterior, el derecho como integridad logra dar solución en su conjunto, como un todo o sistema y con integralidad de fuentes, permitiendo romper las barreras hacia una dogmática jurídica integral que elimina las distancias establecidas por las distintas ramas en que tradicionalmente se ha dividido el derecho.

Con el fin de dar respuesta a la pregunta de investigación el objetivo general que se propuso buscó determinar desde qué concepción de la dogmática jurídica es posible explicar la forma en que se han resuelto los problemas jurídicos frente al patrimonio autónomo fiduciario en Colombia en casos difíciles o no

paradigmáticos, en los que no ha sido suficiente la dogmática tradicional o de la jurisprudencia de conceptos.

Los objetivos específicos para cumplir con el objetivo general propuesto buscaron (i) Identificar los antecedentes de la incorporación de los patrimonios autónomos fiduciarios en el ordenamiento jurídico de Colombia; (ii) Analizar la forma en que finalmente se incorpora en el orden legal el patrimonio autónomo fiduciario, cómo aparece el concepto en el contrato de fiducia y cómo se integran formalmente sus efectos en el sistema jurídico colombiano; y, (iii) valorar los casos en los que el desarrollo legal y la aplicación del patrimonio autónomo en materia de fiducia rompen con el esquema del derecho privado tradicional.

La investigación que se realizó es de tipo cualitativo (Hernández Sampieri, 2006, p. 99 - 102), en la medida en que prevalece la revisión de conceptos, su interpretación y lectura desde la perspectiva de su aplicación, entendiendo al derecho como un fenómeno social. De ahí que, dentro los propósitos dirigidos a determinar la concepción de la dogmática que ha permitido dar solución a casos no paradigmáticos, sea posible valorar las fortalezas y debilidades en las respuestas de la dogmática tradicional y reconstruir la evolución del instituto jurídico del patrimonio autónomo fiduciario en Colombia. La investigación cualitativa parte de la revisión documental a partir de criterios de indagación que permiten, para este caso, clasificar las diversas concepciones alrededor del patrimonio autónomo fiduciario y la forma en que se han abordado problemas en los que interviene.

El enfoque metodológico es de tipo histórico- hermenéutico, en la medida en que se buscó describir, interpretar y develar los alcances y problemas que se derivan de la interpretación y aplicación de las normas generales que integran el instituto jurídico del patrimonio autónomo a la luz de los casos particulares, con el fin de abordar sus contradicciones y deficiencias. Esto teniendo en consideración que:

“...el trabajo hermenéutico supone, pues, interpretar símbolos, definir tradiciones, explicar deformaciones, no solo dándole a todo ello un significado orgánico y coherente que permita dilucidar su estructura y comprender la interrelación de las diferentes esferas, sino también desentrañar los valores éticos, políticos, estéticos, religiosos y filosóficos que le confieren significado al ser humano frente a su realidad, al mundo y al cosmos en general” (Mejía, 2014, p. 49)

Desde la perspectiva del enfoque jurídico es una investigación dogmática, entendiéndola como un enfoque que “busca esclarecer qué es lo que dice el derecho vigente, cuál es su sentido” (Bernasconi, 2007, p. 11). En la práctica del derecho se dan situaciones en las que se confunden conceptos, por lo que la dogmática puede ser tomada como “un corrector de las prácticas mecanizantes existentes en la realidad social... El trabajo de las investigaciones dogmáticas es clarificarlos, corrigiendo muchos de los errores que genera la facticidad” (Tantalean, 2015, p. 5).

El método de investigación es explicativo en tanto buscó identificar los elementos (características, cualidades, rasgos, etc.) de un problema jurídico, analizarlo a partir de los conceptos más relevantes de autores pertinentes en la discusión y comprender la institución jurídica a la luz de dichos conceptos. Esto con el fin de explicar la forma en que se han construido las respuestas a los problemas en los que interviene la institución jurídica objeto de discusión.

Se recurrió, en concordancia con el enfoque metodológico a fuentes de tipo documental¹⁹, con un enfoque hermenéutico-analítico: “muchos epistemólogos consideran la investigación documental como propia del método hermenéutico-analítico y esto último puesto que en torno al texto cabe un doble ejercicio racional: el análisis (desmenuzarlo, ir a sus partes esenciales) y la comprensión propia de la hermenéutica (que supone la articulación de sentido de un texto con otros textos y con su contexto)” (Botero, 2016).

La investigación documental es definida como:

“...un trabajo constitutivo donde la interpretación, la crítica y la argumentación racional, juegan un papel preponderante porque permiten llevar a cabo inferencias y relaciones. Se trata de ir de la parte (unidad de análisis) al todo (fenómeno estudiado a través de la representación teórica), para explicitar un argumento de sentido que explique y totalice una cierta visión “paradigmática, semántica y pragmática” en orden a dilucidar una particular manera de apreciar el fenómeno, una construcción global de significados y una trascendencia en lo real de estos elementos con repercusiones prácticas en el entorno social” (Hoyos, 2000, pp. 49-50).

19 La investigación documental tiene especial relevancia en las ciencias sociales y humanas como área del conocimiento (Montoya, 1976; Alfonso, 1981; Hoyos, 2000; Botero, 2003; Rodríguez, 2005), consiste en la búsqueda, clasificación, análisis y sistematización de documentos, ya sean fuentes primarias o secundarias (Botero, 2016)

Las fuentes que se usaron fueron en su mayoría documentales secundarias: libros y artículos. La técnica de análisis documental empleada para el abordaje de las fuentes bibliográficas fue el “resumen analítico” (Sánchez, 2009), con el fin de sistematizar la información seleccionada. Para el abordaje de las fuentes jurisprudenciales se hizo uso de la técnica de análisis estático de jurisprudencia, con el fin de identificar el problema y razones de la decisión en cada caso.

El diseño metodológico para el desarrollo de los objetivos específicos partió de realizar en primer lugar, una revisión documental y bibliográfica en bases de datos académicas, páginas oficiales como la de la Corte Constitucional y Secretaría del Senado y bibliotecas, para realizar posteriormente un análisis documental de los hallazgos. Los criterios que orientaron la búsqueda y posterior análisis se centraron en la regulación jurídica sobre el tema, la doctrina alrededor del concepto y los casos difíciles o no paradigmáticos.

Para dar cumplimiento al primer objetivo que buscó identificar los antecedentes a la incorporación de los patrimonios autónomos fiduciarios en Colombia, se privilegió el análisis de textos que permitieron reconstruir la diacrónica del instituto jurídico, lo cual llevo al análisis de su desarrollo en el contexto de la región de cara al desarrollo angloamericano, esta revisión se hizo necesaria con el fin de mejorar la comprensión del instituto y sus antecedentes. La indagación y el análisis de las fuentes tuvieron como criterio básico la identificación de los debates y discusiones que en teoría permitirían comprender la forma en que se hizo el diseño institucional del patrimonio autónomo fiduciario. Las fuentes se organizaron de manera cronológica, haciendo fichas de autores nacionales e internacionales. Del resultado de este análisis se da cuenta en el capítulo I.

El segundo objetivo buscó analizar la forma en que finalmente se incorporó en el orden legal el patrimonio autónomo fiduciario en Colombia. Caracterizó la forma en que se desarrolló el marco jurídico del instituto del patrimonio autónomo fiduciario y cómo fue leído y explicado desde la doctrina. Para esto se hizo un análisis hermenéutico de las normas que integran el instituto tal cual quedó en el diseño institucional en Colombia. Posteriormente se realizó una lectura de fuentes doctrinales para comprender el instituto a la luz de la dogmática jurídica. El análisis de dichas fuentes permitió reconstruir una postura desde la dogmática jurídica, de cara a la comprensión del desarrollo normativo. Del resultado de este análisis se da cuenta en el capítulo II.

Finalmente se dio paso a la valoración de los casos en los que el desarrollo legal y la aplicación del patrimonio autónomo en materia de fiducia rompen con el esquema del derecho privado tradicional. Aquí se pone en evidencia el enfoque hermenéutico-analítico, se siguió la técnica comparativa para relacionar las soluciones de los casos seleccionados de cara a las normas y doctrina previamente establecidas. En este sentido, al analizar las respuestas en cada caso, fue posible encontrar coherencia o distancia entre lo que se esperaría desde una dogmática tradicional y lo que finalmente decidió el operador jurídico, con el fin de concretar la respuesta al problema de investigación. Del desarrollo de este análisis se da cuenta en los capítulos III y IV.

Desde el punto de vista teórico, la ruta de problematización del concepto de patrimonio autónomo en el negocio fiduciario colombiano muestra lo que Habermas (2008)²⁰ ha encontrado al describir los paradigmas del derecho como ruptura resultante del enfrentamiento de dos esferas básicas, la esfera de las libertades negativas propias del derecho liberal burgués y la esfera de los derechos reconocidos por el Estado Social, entendido aquí como el cambio en la forma de concebir los derechos y su interpretación, que para el presente caso se traduce en el enfrentamiento entre las esferas del derecho privado y del derecho público, sus contextos e interpretación.

La esfera del derecho liberal burgués tiene su punto más alto en el reconocimiento de la autonomía de la disposición particular y en consecuencia en la posibilidad de la autorregulación del individuo, en la cual, el principal elemento es el contrato, no en vano en casi todas las codificaciones civiles del siglo XIX aparecen textos como el contenido en el Código Civil Colombiano, artículo 1602, en donde el contrato es ley para las partes, convirtiendo dicha herramienta en la fórmula por excelencia de la autorregulación y sirviendo como fundamento, es decir, como fuente normativa, para la resolución de las controversias. Esta idea, de la mano de las concepciones liberales clásicas, supone que el Estado no interviene sino en circunstancias mínimas la órbita particular. Los códigos civiles encierran criterios de interpretación para todos los asuntos del derecho, son residuales en la medida en que se convierten en la fuente de irradiación de todo el derecho, aun cuando la fuerza de las libertades negativas y de la protección de la propiedad privada, del contrato y del patrimonio y de los derechos que de ellos se deriven, resulten insuficientes para la explicación de las realidades sociales cambiantes, como en efecto sucedió durante los primeros cincuenta años del siglo XX.

20 Puede consultarse en Habermas (2008), en el capítulo sobre los paradigmas del derecho (p. 469-532).

Reglas y criterios de interpretación como las contenidas en la Ley 153 de 1887 y en la parte general del Código Civil, eran concebidas como criterio y punto de partida para cualquier interpretación particular, no importa, como ya se dijo, el área del derecho de que se tratara. La clara consecuencia de este entorno es el hecho de que el particular puede hacer todo aquello que la ley no le prohíba, siendo entonces ámbito de prevalencia el del derecho privado. Como lo explica Habermas (2008):

Esta sociedad de derecho privado estaba cortada a la medida de sujetos jurídicos que, sobre todo en su papel de participantes en el mercado, habrían de buscar su bienestar y encontrarlo a través de una persecución lo más racional posible de sus propios intereses”. (p. 483)

Este fenómeno se muestra también dentro del marco de los criterios de interpretación contractual, que incluso llegan a desbordar sus propios contenidos para adoptar formas muy variadas y conservadoras, en términos no sólo de interpretación sino de argumentación, por parte de los operadores jurídicos en el momento de resolver casos difíciles por involucrar asuntos de interés general o de interés social. De hecho el rompimiento del paradigma se produce al tratar de resolver problemas derivados de la libertad jurídica del derecho liberal burgués frente al contexto de los derechos del Estado social, particularmente como lo indica Habermas (2008) con “el derecho general de igualdad” (p. 483).²¹

Estos cambios sugieren la búsqueda de nuevas explicaciones y contextos para la comprensión del derecho sin que se restrinja a una explicación desde lo público o desde lo privado. Sociedades complejas, fundamentadas en el comercio y en

21 En principio este modelo de Estado Social enfrenta las esferas del derecho privado y del derecho público y pone en contradicción sus sistemas de interpretación, dejando a un lado el derecho del individuo como parámetro y medida, así como de criterio de interpretación, para ceder el paso a la aspiración de justicia social amparada por el ámbito de los derechos contenidos en la Constitución. Es decir, que desde cualquier perspectiva en que se observe el fenómeno, la discusión no depende de que el derecho privado absorba o no los contenidos de ese derecho social o de que se ampare en él, sino que los criterios de interpretación, cualquiera sea el área del derecho en la que se apliquen, deben ser irradiados por el plexo de la dinámica de los derechos sociales fundamentales.

Indica Habermas (2008), que: “Mientras que la autodeterminación individual en el sentido de que la libertad negativa de hacer o dejar de hacer lo que uno quiere, el derecho privado clásico la veía suficientemente garantizada mediante los derechos de personas y la protección jurídica frente a los delitos, y sobre todo mediante la libertad de contrato (en especial en lo concerniente al intercambio de bienes y servicios) y mediante el derecho de propiedad (con las garantías relativas a uso y disposición, también en lo tocante a transmisión hereditaria) en conexión con las garantías concernientes del matrimonio y de la familia, esta situación cambió radicalmente con el nacimiento de nuevos ámbitos jurídicos (como el derecho laboral, el derecho social y el derecho económico), así como también a causa de la <<materialización>> del derecho relativo a contratos, delitos y propiedad. En múltiples aspectos se entrecruzaban y se mezclaban principios que hasta ese momento podían asignarse o bien al derecho privado o bien al derecho público. El derecho privado considerado en conjunto, parecía ahora haber de ir más allá del aseguramiento de la autodeterminación individual y servir a la realización de la justicia social”. (P., 479- 480).

la automatización, que acuden cada vez más a la estandarización de las formas contractuales suponen un nuevo y “recíproco plexo de remisiones” (2008, p. 479), que permita fortalecer los derechos y responder a las dinámicas propias de los cambios sociales.

Ahora bien, si se observa el tema del patrimonio desde la esfera de lo privado, dentro del cuerpo teórico que se ha instrumentado sobre la materia²², puede agruparse el concepto de patrimonio autónomo a partir de tres categorías: la primera de clara tendencia romanista, frente a otras dos de orden subjetivo y objetivo, respectivamente²³.

A) Tendencia romanista: Esta categoría parte de la consideración de que el patrimonio tiene dos elementos formales básicos: en primer lugar, el hecho de que es el conjunto de bienes en cabeza del paterfamilias para el cuidado y manejo de la hacienda, y en segundo lugar, el hecho de que se encuentra integrado por bienes susceptibles de enajenación y reemplazo, *pecus* o pecunia. Cosas que son susceptibles de apropiación individual. Parte del hecho de que el padre era cabeza de la familia y por lo tanto todos los *corpore* y los derechos se encontraban bajo su potestad directa, así las cosas, el *filius familia* no contaba con un patrimonio personal (exceptuando los peculios que se van reconociendo con la transformación de las instituciones del derecho romano). Los contenidos patrimoniales se conformaban por derechos reales y derechos de crédito u obligaciones, por lo cual su contenido implicaba en la romanística, el estudio de aquello que lo integraba y cómo se podían transmitir sus elementos. Como lo indica Petit (1983), se hacen “...necesarias tres partes en el estudio de las cosas o del patrimonio: 1ª Derechos reales.- 2ª Derechos de crédito u obligaciones.- 3ª Modos de transmisión del patrimonio o modos de adquirir *per universitatem*” (p. 238). Todo ello bajo el supuesto de la consideración económica del patrimonio.

Desde otra perspectiva, para el derecho romano de los bienes, estos pueden ser considerados para los efectos patrimoniales y para su transmisión, como bienes singulares o como masas o conjuntos de bienes, denominadas universalidades. Cuando los bienes son considerados singularmente, su tratamiento supone la determinación dentro del patrimonio como entidades individualizadas o

22 Bustamante (1979), en su trabajo sobre dogmática del patrimonio autónomo, en el cual busca determinar la sistemática del concepto de patrimonio para el derecho, sugiere que algunas veces el patrimonio, a pesar de su importancia frente a las relaciones económicas, no ha sido definido plenamente por lo que puede aparecer en algunas oportunidades como un objeto de derecho y en otras como un atributo de la personalidad.

23 También se han seguido para sintetizar estas categorías las descripciones que sobre el tema hace Arévalo, I. (2012, P. 449-459) y Rengifo (2011, p. 246 a 301) y a Díaz, R. (1993 p. 42-51)

separadas y por lo tanto su consideración económica se singulariza. Una casa, un caballo, un esclavo, una carreta, podrían ser ejemplos de este primer caso. Las universalidades se encuentran referenciadas en una categoría diferente pues suponen el tratamiento de los bienes como elementos integrantes de un conjunto y por lo tanto su transmisión, su precio o valor pecuniario no se encuentra definido por sus aspectos elementales sino por el conjunto o masa de bienes. Así las cosas, los bienes podían transferirse como un conjunto o universo y el valor o pecunia lo da el conjunto o universo y no sus elementos integrantes. Un ejemplo puede ser la enajenación de un fundo con todo lo que él tiene; o la enajenación de una biblioteca con todos sus libros, clásicos ejemplos del derecho civil.

Tales universalidades para la romanística podían ser de hecho o de derecho, las primeras, *universitas facti*, resultado de la convención o negocio, es decir, que dentro del marco de los acuerdos el particular podía definir que a una masa de bienes se le tratara como tal, sin entrar a definir cada uno de sus elementos integrantes. Las universalidades de derecho, *universitas juris* o universalidades jurídicas, provienen del reconocimiento que la fuente formal del derecho hace de ellas al convertirlas en institución jurídica: por ejemplo, la consideración legal de cuando ha fallecido el padre, sus bienes pasan como masa (delación de la herencia) a sus herederos. Obsérvese que en ésta categoría se encuentra el tratamiento del derecho romano patrimonial y que, además, esta categoría supone que debe darse apreciación económica de los bienes que integran el patrimonio y, que, los bienes son susceptibles de transmisión o enajenación.

B) Teoría Clásica del patrimonio o subjetiva

Esta concepción sobre lo que el patrimonio es y sus efectos, considera que el patrimonio se encuentra unido indisolublemente con la personalidad. De hecho al estudiar los atributos de la persona siempre se indica que uno de ellos es el patrimonio. De esta forma toda persona tiene un patrimonio y no puede haber persona sin patrimonio, ni patrimonio sin persona, ni una persona con varios patrimonios. De igual manera se considera que, siguiendo las enseñanzas del derecho romano, el patrimonio es una universalidad jurídica. Esta concepción patrimonial clásica atribuida al derecho civil francés decimonónico, tienen a Aubry y Rau, como sus principales exponentes²⁴ y proviene del derecho civil general y personas, acogida y enseñada en forma permanente en el derecho civil

24 Sobre la obra de Aubry y Rau, pueden revisarse los trabajos de: Rengifo, M (2011, p. 258 -265), Bohórquez, A. (2016, p 137- 153); López, D (2004, p. 160 a 166), que ubican la aparición de la doctrina sino su inserción en nuestro ambiente jurídico. También en relación con las culturas jurídicas e ideologías que rodearon la formación de los Códigos en el siglo XIX y la escuela de la exégesis, quien hace una revisión exhaustiva del tema puede verse a Tarello (1995, p. 63-91).

colombiano, como fácilmente se encuentra en los principales textos doctrinales sobre el tema.

La consecuencias de esta postura sobre el patrimonio se presenta cuando aparecen masas de bienes que por razones de su afectación a un negocio tipificado y autorizado por la ley, o por finalización del mismo o desaparición de la persona, no tienen un titular efectivo: es caso de las personas jurídicas en liquidación o el caso de negocios como la fiducia (artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio Colombiano), en el cual se transfiere el dominio de los bienes que integran la base del negocio y, por reconocimiento legal, integran un patrimonio autónomo, que no es del enajenante ni de la sociedad administradora de fiducia, ni de sus beneficiarios; así como el caso sencillo y típico de la sucesión de bienes por causa de muerte, de la herencia yacente, entre otros.

Además, cabe resaltar aquí lo que indica Biondo Biondi (1961) haciendo referencia al esquema teórico que aquí se menciona:

De la pertenencia de una persona se ha deducido el carácter unitario del patrimonio, considerándolo como *universitas iuris*, o sea como entidad que supere las singulares entidades que lo componen. Esto no es exacto, como no es exacto decir que no hay persona sin patrimonio: no se puede decir seriamente que tenga patrimonio un pobre que no tenga más que los andrajos que tiene encima y alguna calderilla recogida por limosna; el patrimonio puede ser modesto, pero debe ser siempre apreciable. (p. 181)

C) Teoría objetiva sobre el patrimonio.

Esta concepción recoge también la base romanística, al considerar el patrimonio como una universalidad jurídica, y al enfocar sus contenidos a elementos susceptibles de ser enajenados o transferidos y por lo tanto reemplazados por otros bajo la tutela de su valoración pecuniaria. Es esa valoración el patrimonio puede, a diferencia de la teoría clásica no estar atado o ligado a la personalidad sino que dadas unas finalidades u objetivos definidos, puede abrirse la posibilidad de que masas de bienes o universalidades desenvuelvan un elemento, que se suele denominar teleológico, para que se administren de acuerdo al cometido definido en el acto constitutivo. Estos patrimonios se conocen con el nombre de patrimonios de afectación y su característica es la de no tener un titular, persona, o propietario, sino un “gestor” de los fines u objetivos propuestos. Es el caso

de los patrimonios autónomos fiduciarios, y en algunas legislaciones, el caso de las fundaciones, que no vienen a ser personas jurídicas, sino masas de bienes que han sido dispuestas y por lo tanto enajenadas por el fundador para lograr unos objetivos o fines propuestos en el acto constitutivo. Enneccerus, Kipp & Wolff (1947) lo describen así: "...conjuntos patrimoniales que, en interés de un determinado fin y especialmente, con referencia a la responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio" y más adelante indica que "...se trata de masas patrimoniales que pertenecen a un sujeto o en otros casos la especialidad consiste en un patrimonio comprende a varios patrimonios particulares de estas personas, por ejemplo, la herencia indivisa que corresponde a varios herederos" (p. 614).

El itinerario propuesto para presentar los resultados de la investigación realizada, se desarrolla en cuatro capítulos. Cada uno de estos capítulos encuentra su punto de partida momentos concretos de tensión y ajuste institucional evidenciados en el estado del arte, y por lo tanto, momentos para la arquitectura y construcción interpretativa, propia de sus escenarios.

El primer capítulo muestra la preocupación latinoamericana durante los primeros cincuenta años del siglo XX por mejorar el esquema de los negocios financieros con la introducción del *trust* angloamericano en la región. Como subhipótesis se encuentra que la posibilidad de trasplante del *trust* desata discusiones y construcción de teoría para buscar acuerdos entre comprensiones del derecho de propiedad diferentes, con el fin de acoplar en forma adecuada un marco de negocio similar al angloamericano. Sin embargo, en ese ambiente, el caso colombiano es diferente, pues la discusión sobre la estructura y alcances del negocio que se incorporó en 1923, con los trabajos de la misión Kemmerer (cuyo resultado en el caso de fiducia fue la Ley 45 de 1923), fueron producto de un trasplante en el que las discusiones se concentraron más en el orden económico y financiero que en lo jurídico y por lo tanto, las deficiencias de información conllevaron un proceso de discusión en la construcción e interpretación del negocio, para entonces tipificado como encargo de confianza y ajeno a los patrimonios autónomos tal como hoy se encuentran legislados.

El segundo capítulo se ocupa del debate durante los años cincuenta y hasta la expedición del Código de Comercio Colombiano en 1971, sobre la formación de la fiducia mercantil en Colombia y la aparición del patrimonio autónomo como parte estructural del contrato de fiducia mercantil, este segundo capítulo presenta la postura tradicional recogida por el derecho colombiano sobre lo que ha de

entenderse como patrimonios autónomos en materia de fiducia y sus efectos. En su desarrollo el capítulo presenta tres momentos que evidencian la preocupación por construir el modelo contractual superando las dificultades que, para el trasplante, representa la institución originaria del *trust*, mostrando, más allá de lo ofrecido por la conceptualización tradicional, la preocupación por buscar la coherencia sistemática. La primera parte desvela los trabajos de la Comisión redactora del proyecto de Código de Comercio Colombiano a partir de extensa exposición de motivos presentada en el año 1958 al Congreso de la República, contentiva de una serie de interpretaciones que aún hoy se citan, aun cuando el contexto de referencia no sea el adecuado, como se mostrará en el desarrollo del trabajo. La segunda parte muestra el resultado final: las normas que sobre fiducia mercantil introdujo el Código de Comercio de 1971 y, con ello, la explicación dogmática tradicional sobre el contrato y los patrimonios autónomos frente a los debates que para la época supuso la interpretación del contrato. Para, en tercer lugar, analizar los dos primeros momentos de tensión sobre el concepto de patrimonio autónomo en el contrato de fiducia y la construcción conceptual a partir de la fuente legal: (i) el debate sobre los efectos fiscales del patrimonio autónomo en la fiducia, debate que inicia en los años setenta y que en apariencia culmina en los años noventa, particularmente con la reforma fiscal de 1995, y el debate sobre la posibilidad de revocar el patrimonio autónomo por parte de los acreedores del fideicomitente con el fin de lograr el pago de obligaciones incumplidas por éste. Como se verá, las previsiones legales llevaron a un meticuloso y sutil análisis de la acción pauliana del derecho romano para evitar que la tranquila y relajada redacción de la acción de revocación del negocio fiduciario y de los patrimonios autónomos prevista en el artículo 1238 del Código de Comercio, pudiera convertirse en la ineficacia práctica de la separación patrimonial prevista por la legislación y reconocida por la dogmática tradicional del derecho privado.

El tercer capítulo muestra como el concepto de patrimonio autónomo es puesto en tela de juicio en el ámbito de la contratación pública, llegando a ser suprimido luego de los debates del legislador. En este caso, las discusiones llevaron a la determinación de considerar como una nueva tipología de contrato estatal a la fiducia pública cuya característica especial es la de no contar con patrimonios autónomos. Este capítulo evidencia cómo los patrimonios autónomos son considerados como elementos nocivos dentro del ámbito de lo público con argumentos débiles, que terminan por desconocerlo en la legislación, pero que a su vez, en contradicción, lo reformulan a partir de un régimen de excepciones bastante extenso.

Finalmente, el cuarto capítulo, revisa los procedimientos concursales frente a los patrimonios autónomos fiduciarios. Este capítulo evidencia en forma plena la hipótesis de trabajo. En la presentación se categorizan los procedimientos concursales desde la expedición del Código de Comercio, hasta la Ley 1116 de 2006, incluyendo las modificaciones contenidas en el régimen de garantías mobiliarias, Ley 1676 de 2013. Como ya se enunció al inicio de esta introducción, el centro del problema lo originó un Auto de la Superintendencia de Sociedades de Colombia al resolver recursos de reposición presentados por instituciones financieras en el procedimiento concordatario de Acerías Paz del Río S. A. Aquí se presentaron los debates que durante más de 50 años han perfilado la construcción del debate ante los conceptos dogmáticos tradicionales sobre fiducia y patrimonios autónomos.

Por último, el trabajo ofrecerá unas conclusiones a partir de los resultados encontrados y formulará algunas preguntas que podría abrir espacio para futuras investigaciones.

1.

ANTECEDENTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO AUTÓNOMO EN COLOMBIA

En este capítulo se revisa el origen de los negocios fiduciarios en Colombia con el fin de indagar la procedencia de los patrimonios autónomos en el derecho mercantil nacional, para lo cual se tienen en cuenta dos puntos específicos en la ruta de trabajo: el primero es (i) la reforma financiera de 1923, resultado de los trabajos de la Misión Kemmerer, reforma que busca entre sus objetivos movilizar capitales haciendo acopio de reglas internacionales para la banca. En ese sentido, la introducción de los negocios fiduciarios como encargos de confianza, buscaba dinamizar las posibilidades de acción de los bancos.

Un primer dilema frente a los negocios fiduciarios, como se verá adelante, es el de cómo adaptar un esquema contractual propio a partir de la concepción del *trust* angloamericano en el panorama jurídico colombiano, amparado en las instituciones civiles que se apropiaron de la legislación chilena de finales del siglo XIX. Por esta razón, frente al estudio del proyecto de Kemmerer, se hace un recuento de dos aspectos básicos del *trust* anglosajón que son particularmente espinosos para el trasplante o apropiación legal: la diferencia entre el *common law* y la *equity* y, como consecuencia de ello, el reconocimiento a partir de la *equity*, de un especial derecho de propiedad fundamentado en el interés del beneficiario en la administración fiduciaria de los bienes, la propiedad en equidad o *equity property*. Estos elementos propios del *trust* angloamericano van a estar presentes

en las discusiones que harán los redactores de proyectos de ley sobre el tema en los años subsiguientes para el caso colombiano²⁵.

En ese contexto, resulta ilustrativo adjuntar al esfuerzo legislativo colombiano de la época el juicioso estudio del profesor Ricardo Joaquín Alfaro (1920), sobre introducción del *trust* en Latinoamérica, trabajo que culmina con un proyecto de ley que Panamá adopta en el año 25 del siglo pasado. Alfaro hace evidente desde el inicio de su trabajo investigativo la necesidad de adaptar el negocio fiduciario a las prácticas jurídicas civiles de la región, prácticas que considera rígidas e inflexibles. Alfaro se concentra en lograr una respuesta para solucionar el problema de cómo explicar los aspectos patrimoniales de la fiducia, haciendo énfasis en el tratamiento del derecho de propiedad en el *trust* frente a la concepción del derecho americano.

Se debe recalcar que, tanto en el caso colombiano como en el panameño, aunque en diferentes épocas, hay un esfuerzo intelectual profundo por explicar y entender las particularidades del negocio fiduciario, dando en realidad como resultado un negocio especial y diferente al *trust*, negocio con el que se intentaba introducir en el panorama local un fortalecimiento de las reglas del capitalismo en países que iniciaban sus procesos de industrialización, dinamizando a su vez la reglas contractuales de la banca.

El segundo punto de la cartografía propuesta para indagar la procedencia de los patrimonios autónomos en Colombia, se encuentra en la (ii) presentación hecha en 1958 al Congreso de la República de Colombia del Proyecto de Código de Comercio.

25 Si se hace una revisión general sobre los contenidos del *trust* frente a la fiducia mercantil colombiana considero que cualquier estudio debiera tener en cuenta que los contenidos normativos que describen las reglas contractuales hacen referencia a dos grandes temas (descontando las calidades del fiduciario o del *trustee* y las formas legales requeridas para que el negocio exista y opere con plena eficacia, asuntos que pueden variar dependiendo de las exigencias que hagan las legislaciones nacionales sobre el tema): (i) el primer tema se refiere al cometido o finalidad, en la medida en que en ésta han de comprenderse, no solo las razones por las que se constituye la fiducia, sino, también, los elementos y herramientas propias de la administración, es decir, cómo se debe administrar y cómo se deben rendir cuentas de la administración. La segunda (ii) se refiere al tema patrimonial, es decir, a la entrega de los bienes, si se transfiere el dominio o no de los mismos; en cabeza de quién queda la titularidad de los bienes; cuáles son los efectos que la separación o enajenación de los mismos produce entre las partes vinculadas y frente a los terceros y qué obligaciones y derechos se derivan como consecuencia del ejercicio, no sólo de los derechos patrimoniales vinculados, sino de la administración que se ejerce sobre los mismos. Por esta razón de esta distinción considero importante revisar los contenidos para el caso del *trust* en la medida en que el trasplante en Latinoamérica supuso discusiones sobre la formación del negocio al reconocer dos esferas de intereses diferentes, la del propietario legal (en cabeza del *trustee* o fiduciario) y la del propietario en equidad (beneficiario o *cestui que trust*) y, en consecuencia, como segunda distinción, la aplicación de los principios de la *equity* para el *trust*. Por eso, Goldschmidt (1954) considera que la aplicación de estos principios en los países latinoamericanos y, en particular, la distinción sobre los intereses y categorías derivadas del *trust* aparecen como los temas más difíciles en la adaptación del modelo de negocio trasplantado.

Este proyecto se presenta en dos libros: el primero con el texto de lo que será el articulado proyectado del Código y, el segundo con la exposición de motivos correspondiente al articulado presentado, documentos que en su conjunto que se convierten no sólo en un mapa explicativo de los intereses y razones de introducción de la nueva legislación, sino, en particular, en la cartografía del proceso de apropiación del negocio fiduciario en el país.

En efecto, la Comisión redactora del proyecto, como se estudiará a lo largo del capítulo, en su explicación de motivos trata de resolver algunas dudas sobre el contrato: diferenciarlo de la propiedad fiduciaria civil, dejar de lado las dudas sobre su asocio con el fraude o la simulación de negocios jurídicos, y, en particular, teniendo aquí contacto directo con los estudios de Alfaro y su proyecto del año 1920, interpretar el alcance y los efectos del contrato de fiducia apropiado de los moldes del *trust* angloamericano frente al tema de la estructura del derecho real de propiedad en el país. Resulta muy importante anotar que ni en la Ley 45 de 1923, ni en el proyecto de Alfaro para Panamá, ni en el Proyecto de Código de Comercio colombiano de 1958, se hacía mención directa del concepto de patrimonio autónomo que fuera adoptado en el Código de Comercio Colombiano de 1971 (Decreto 410), por lo que quedaba el espacio abierto para una interpretación creadora que diera vida a la nueva forma contractual.

A continuación, de acuerdo con la ruta descrita se hará la revisión de tres momentos de la apropiación del negocio fiduciario en Colombia, junto con la estructura patrimonial del *trust* y el modelo patrimonial acogido para el país. En primer lugar, la forma en que se introdujo el modelo de encargo fiduciario en Colombia como resultado de las propuestas de organización económica de Kemmerer en 1923, siguiendo el esquema del *trust* anglosajón, razón por la cual, en segundo lugar, se estudian los aspectos relevantes de la estructura del *trust* para la comprensión del modelo apropiado. Posteriormente, se revisa la discusión sobre la apropiación del *trust* anglosajón en materia legal que fuera introducida en América Latina por Ricardo Alfaro y cómo esa discusión se presenta en forma tardía en Colombia. Por último, se recoge y analiza la apropiación que hiciera la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio en 1958 sobre el tema del *trust*, con el fin de determinar los alcances y efectos que formulara sobre la interpretación de los aspectos patrimoniales del contrato de fiducia

1.1. Un primer plano. La reforma financiera de 1923 y el trust anglosajón

La Ley 45 de 1923 tiene su origen en los trabajos que adelantó la Misión Kemmerer contratada por el gobierno de Pedro Nel Ospina²⁶. Sus integrantes, en muy corto tiempo, entregaron diez proyectos de ley con su exposición de motivos. Uno de estos proyectos era el de organización bancaria y supervisión. Explica Miesel (1994) que:

La razón por la cual los miembros de la Misión Kemmerer lograron sacar adelante en unas pocas semanas un conjunto de leyes de tanta trascendencia para el sistema monetario, financiero y fiscal del país, está en que, en gran medida, sus integrantes traían un esquema bastante fijo de lo que debía ser la estructura institucional de Colombia en estos campos y su estadía en el país solo sirvió para darle legitimidad a su propuesta y para hacer algunos ajustes de acuerdo con las particularidades de la legislación nacional. (p.118).

Para efectos de mejorar la estructura de la organización bancaria la apuesta de la Ley 45 de 1923 permitía que los bancos pudieran adelantar una variada gama de operaciones financieras, con este fin se facultó al Superintendente Bancario para autorizar el funcionamiento de la estructura interna de los bancos a través del sistema de secciones especializadas en cuatro líneas de negocios: sección bancaria para el manejo del ahorro y crédito y negocios afines, tradicionales del giro operativo bancario; sección fiduciaria, "...para actuar como albacea, administrador, fideicomisario..." (Artículo 71); y una especial sección de ahorros, para ahorro y crédito de pequeñas economías y, una sección hipotecaria para el manejo del ahorro y crédito hipotecario y la expedición de cédulas hipotecarias.

Kemmerer explica, en la presentación de la exposición de motivos de la Ley 45 de 1923, la razón de esta estructura interna permitida a los bancos a partir del cumplimiento de ciertos requisitos legales:

26 Pedro Nel Ospina fue Presidente de Colombia durante el período de 1922 a 1926. La autorización para la contratación de la misión se encuentra en la Ley 23 (60) de 1922. Esta Ley facultaba la contratación de una misión de expertos para asistir en la preparación de leyes y decretos que permitieran la reorganización de "servicios, ingresos y contribuciones del país". La misión estaba conformada por cuatro especialistas en asuntos económicos, bancarios y financieros, contables y fiscales, entre quienes se encontraba Edwin W. Kemmerer, profesor de la Universidad de Princeton quien la presidía. Los trabajos culminan con la aprobación de ocho proyectos de Ley que fueron presentados y promulgados en el año 23, que incluyeron la formación del Banco de la República (Ley 25), la Ley sobre títulos negociables (Ley 45), sobre contabilidad nacional y de creación de la Contraloría General (Ley 42), sobre presupuesto nacional (Ley 34), entre otras. (Documentos Banco de la República) Ver: Miesel, A., López, A., & Ruiz, F. (1994), p. 116 - 117.

La misión reconoce el hecho de que existen diferentes clases de negocios bancarios; pero cree que sería mejor para Colombia tener pocos bancos fuertes, con facultades muy variadas, que un gran número de pequeñas instituciones, más o menos especializadas. Con tal fin recomienda que los bancos queden autorizados para tener secciones, con el objeto de hacer determinados ramos de negocios. (Congreso de Colombia, 1923, p. 6)

Sobre las Secciones Fiduciarias añade Kemmerer al explicar los contenidos del artículo 102 que las regla:

La Ley 51 de 1918²⁷ otorga a los bancos amplias facultades fiduciarias; pero no establece de manera adecuada cómo tales facultades deben ser ejercidas. Los bancos generalmente son las entidades mejor informadas y de mayor experiencia en el país en todo lo relacionado con inversiones custodia de fondos, administración de herencias y preparación de documentos e informes financieros, y son, por tanto, los más indicados para actuar nombre de individuos y corporaciones que necesiten los servicios de un agente en conexión con tales asuntos

El mismo Kemmerer explicaba que la reforma financiera general buscaba modernizar el sistema monetario, la intermediación bancaria y su supervisión²⁸:

Las leyes mismas cubrían doscientos sesenta y cuatro páginas en octavo. Ellas establecían el patrón de oro en Colombia, introducían una nueva Ley Bancaria General ajustada a los procedimientos más

27 La Ley 51 de 1918 (Noviembre 21 de 1918), sobre establecimientos o sociedades de crédito, regula dos temas: a) las operaciones que son propias de la actividad de los establecimientos de crédito, haciendo una enumeración y regulación básica sobre típicos negocios de intermediación financiera, como el manejo de empréstitos, la adquisición de fondos, la inversión en acciones, la administración y el acompañamiento en procesos de emisión de títulos, entre otros, que es lo que Kemmerer (Congreso de Colombia, 1923, p.9) en la exposición de motivos de la Ley 45 de 1923 considera como insuficiente; b) el sometimiento de los establecimientos de crédito a la inspección estatal prevista en la Constitución Nacional de la época, con ese fin crea en el Ministerio del Tesoro una sección especial que se denominó: Inspección de Circulación como agente estatal de supervisión en materia de intermediación financiera y actividad de los bancos.

28 En discurso pronunciado en el Club de Banqueros de New York el 24 de noviembre de 1923 que puede ser consultado en los diarios y documentos de la primera misión Kemmerer. Estos documentos permiten observar el rigor con que se llevó el proceso de acompañamiento de la misión, pues aportan un una importante bitácora de trabajo llevada diariamente por el profesor Kemmerer en donde da cuenta de las entrevistas que hace con comerciantes, banqueros y políticos de diversas regiones del país, de las distintas reuniones de trabajo y de las discusiones que se presentaron junto a las dificultades que fueron resueltas, como la conocida historia de formación del mismo Banco de la República que del papel saltó en muy pocos días, por razón de la crisis financiera que por iliquidez iniciaría el Banco López, a ser el banco central del país en pleno funcionamiento para poner fin al pánico financiero que ya existía en el ambiente de la época. El discurso se titula: Memorando sobre los acontecimientos que llevaron a la creación del Banco de la República en Colombia, para dar solución a la crisis de julio de 1923, y se puede consultar en el libro de Miesel, A., López, A., & Ruiz F., (Comp). 1994, p. 123-137.

modernos de los Estados Unidos y Europa. Instauraban un sistema de supervisión y control bancario que seguía muy de cerca el modelo legal implantado en nuestro estado de Nueva York. Hacía vigente en Colombia, con algunas modificaciones, la Ley sobre instrumentos negociables que hoy opera en cuarenta y cinco de nuestros estados, el Distrito de Columbia, Hawai y las Islas Filipinas. (Miesel, A., López, A., & Ruíz, F., 1994, p.144).

La Ley 45 de 1923 es el punto de partida para las consideraciones sobre la fiducia mercantil en el país. La concepción de que los bancos podían contar con una sección fiduciaria, siempre y cuando obtuvieran la debida autorización de la Superintendencia Bancaria, permitía la realización de cometidos contractuales que les autorizaba obrar como “...fideicomisarios, albaceas, administradores, registradores de acciones y bonos, curadores de herencia, mandatarios, depositarios, curadores de bienes de dementes, menores sordomudos, ausentes y personas por nacer...” (Artículo 105), entre otras que se autoricen. La misma ley entendía que la Sección Fiduciaria operaba en “...negocio de tomar, aceptar y desempeñar encargos de confianza que le sean legalmente encomendados”. Agregando en el inciso siguiente de la norma que “...se entiende por “fideicomiso” todo encargo de confianza de los en ella expresados, y por “fideicomisario”²⁹ el individuo o entidad a quien se encomienda tal encargo” (Artículo 7).

Un primer problema derivado de la ley es el sentido del término encargo de confianza utilizado en el texto normativo. Podría preguntarse inicialmente si el encargo de confianza era un negocio por sí mismo o si era una forma genérica de enlistar y de agrupar una serie de negocios que se incorporaban a las operaciones fiduciarias, o si se trataba de la incorporación, como algunos sostienen³⁰ del *trust* anglosajón. De otra parte, en este punto, cabría preguntarse sobre las diferencias con la propiedad fiduciaria civil regulada por el Código Civil Colombiano.

Este primer frente de preguntas necesariamente nos ofrece la preocupación de la época acerca de los efectos patrimoniales que corresponden a cada uno de

29 El Legislador del 45 cometió un yerro general en el uso del término “fideicomisario” y en su definición, pues debió hacer referencia al “fiduciario” como agente ejecutor del encargo y no al “fideicomisario” quien no es otro que el beneficiario del negocio de encargo de confianza de que se trate.

30 Es el caso de Casas (1997) quien sostiene en relación con los encargos de confianza que, de una parte, se trata de negocios de mandato casi siempre y que dentro del término “...se hallaba desde entonces, explícita mas no definida perfectamente, la fiducia o *trust* del derecho anglosajón...” (p. 5). Como se verá adelante, si bien se puede indicar que el negocio fiduciario que alentaba las reformas mercantiles en la materia tenía su origen en el *trust* anglosajón, las diferencias en el manejo del régimen patrimonial son bien distintas por los efectos que produce frente al derecho de propiedad.

los negocios. Sea que se trate de la propiedad fiduciaria civil o de los encargos de confianza de la Ley 45 de 1923, se debe observar que el primer movimiento interpretativo que se presenta es el de adecuación de una figura jurídica que aparece como influenciada o derivada del derecho inglés, pero al estudiarla no resulta cercana, al menos desde sus efectos patrimoniales básicos, a nuestra concepción de los derechos. Por esta razón es indispensable hacer unas consideraciones preliminares sobre el *trust* angloamericano, encaminadas a describir su origen y el ámbito de los derechos patrimoniales principales.

Cuando se revisa la literatura sobre la formación del *trust* anglosajón aparecen dos grandes temas centrales que son de difícil afianzamiento en nuestro contexto jurídico continental, temas que hacen necesario un esfuerzo por acomodar los elementos distintivos del *trust* en la cartografía propuesta. En primer lugar, se encuentra la formación misma del *trust* con su forma contractual antecedente denominada “*use*”, en la medida en que el reconocimiento de los derechos para el beneficiario supone a su vez un esfuerzo profundo en el derecho anglosajón por encontrar una respuesta jurídica frente a problemas que el *common law* no resolvía, lo cual dio lugar a la aparición y aplicación de la *equity*. En segundo lugar, y derivado de lo anterior, el sistema de intereses jurídicos aceptados a través de la *equity* para el *trust* anglosajón, supuso el reconocimiento de intereses distintos frente a los bienes fideicomitidos y por lo tanto dos categorías de derechos de propiedad diferentes: la *legal property* y la *equity property*, derechos no compatibles con el esquema de propiedad derivado del derecho continental. Es por eso que en los siguientes apartes se describirán dos puntos centrales: (i) El origen de la *equity* en el derecho anglosajón y el tratamiento de los “*uses*” como forma inicial del *trust*, y, (ii) Los tipos de propiedad derivados de los “*uses*” y que el *trust* anglosajón recoge. La razón para presentar estas dos distinciones hechas por el derecho anglosajón se fundamenta en la preocupación manifiesta por los tratadistas y legisladores latinoamericanos sobre de cómo trasplantar la estructura del derecho de propiedad angloamericano en el contexto del derecho continental.

- i. El origen de la *Equity* y el negocio fiduciario angloamericano. Hepburn (2001), divide los orígenes de la *equity* en tres periodos: El primero de ellos lo denomina periodo medieval, entre los siglos XIII y XV. El segundo (siglos XVI a XVII), como periodo formativo de la *equity*, y, el último, como período de sistematización, que lo ubica entre los siglos XVII a XIX.

Luego de la invasión normanda en el siglo XI, la estructura administrativa que introdujo Guillermo el Conquistador buscó lograr un fuerte poder

central en lo administrativo y en lo jurídico, que además conllevó al reparto de tierras entre sus principales colaboradores, instaurándose en pleno el sistema feudal. En lo jurídico, la administración de justicia estaba en cabeza de la Consejería del Rey o Aula Regis. Esta consejería se mantiene hasta el siglo XIII y su dispersión supone la formación de tres jurisdicciones propias del common law: (i) el *Common Pleas*, (ii) *the King's Bench*, y el (iii) *Exchequer*. La característica especial del sistema de administración de justicia conocido como *Common Law*³¹, consistió en la creación de un sistema concentrado de decisiones de carácter general, para el ámbito del todo el territorio Inglés, en donde los fallos guardaban una disciplina judicial estricta.

En ese sentido explica Losano (1993):

(E)n torno a la curia regis se condensó un estamento profesional forense muy homogéneo, del que salían los jueces que, con sus sentencias iban creando el Common Law. Este es, pues, un derecho consuetudinario, pero en un sentido especial: la costumbre que es la fuente de este derecho no nace del comportamiento popular, sino del comportamiento de los jueces. (p. 168).

Esto significa que la costumbre aquí no se resuelve en la práctica pública, reiterada y uniforme sobre la forma de hacer los negocios, como normalmente se describe, sino en la disciplina judicial frente a los fallos.

De acuerdo con Hepburn (2001), en este primer periodo la jurisdicción de la *equity* aún no tiene desarrollos profundos, pues su instrumento principal en la formación de la jurisdicción, la secretaría del Rey, aún no tiene caracteres judiciales desarrollados. La secretaría del rey es ocupada por un obispo que manejaba el sello real, y que concentraba además las tareas administrativas del reino. Cuando se requería una actuación judicial del rey, los autos o mandatos judiciales debían llevar su sello y por lo tanto era la secretaría del rey la que participaba en los procedimientos de esta naturaleza por requerirse del sello.

Es ese el inicio de la participación de la secretaría del rey en lo judicial, pues

31 El término *common law* viene del derecho canónico: *Jus Commune*, es decir, el derecho común o general de la Iglesia Católica. El *common law*, entonces, es un derecho general aplicable en todo el territorio inglés. Ver: Rengifo (2001), p. 48-50, y Hepburn (2001), p. 13.

aun no tenía el carácter de juez. La participación de la secretaría del rey lo que hacía era confirmar los principios legales establecidos, empero, cuando los casos no se encontraban dentro de los marcos de los criterios legales existentes, la participación de la secretaría se hizo mayor y, si bien al inicio su postura era la de ratificar y acoger la decisión judicial tomada, con el paso del tiempo su injerencia fue haciéndose mayor, pues fue participando en casos individuales frente a la búsqueda de alivio a peticiones relacionadas con decisiones judiciales injustas frente a parámetros existentes de decisión y a las particularidades de cada caso. Esta participación se fue incrementando durante todo el siglo XIV, rogando por el alivio fundamentado en la orden del rey. Este incremento de las peticiones o “*bills*” y de las decisiones de la secretaría no conformaron en su inicio un cuerpo de precedentes que permitiera dar las características propias al cuerpo mismo de la *equity* como jurisdicción, sin embargo, el grueso de sus decisiones eran reconocidas por la jurisdicción judicial y eran de obligatorio cumplimiento. Es un período en el que se reconoce al *common law* la inflexibilidad y la incapacidad para adaptarse a los nuevos requerimientos que precisamente recoge la acción de la Secretaría del Rey en sus decisiones.

El segundo período es el de formación de la Secretaría como una corte asumiendo funciones judiciales. Durante este periodo el secretario y sus funcionarios se separan de lo eclesiástico buscando que sean personas con formación legal. Es un periodo de tensión entre la jurisdicción del *Common Law* administrado por las cortes tradicionales de justicia y la *Equity*. Sin embargo, solo hasta los trabajos de Lord Nottingham en 1673, a quien se considera como el padre de la *equity*, que recaudó los principios y “*remedies*” de la *equity*, y de los estudios de Lord Harwicke, hacia 1736, que la jurisdicción adquiere en su metodología un cuerpo de principios confiable (Hepburn, 2001).

Finalmente, en el último período, entre los siglos VII y XIX, gracias al trabajo de tres grandes secretarios del rey: Lord Nottingham, Lord Hardwicke y Lord Eldon, se logró eliminar el cuestionamiento sobre el manejo arbitrario de la jurisdicción y se ordenaron y unificaron sus principios y soluciones dando a la jurisdicción sistematización. Uno de los campos en donde el desarrollo de la *equity* como jurisdicción fue trascendental fue el de los principios y sistematización de los “*uses*”, negocio previo y equivalente a los *trusts* actuales.

Estos elementos van haciendo que la *equity* aparezca como una jurisdicción independiente frente al *common law*. La *equity* como jurisdicción, no supone la eliminación del *common law*, sino que presupone su existencia, resultando complementarias. Las dos jurisdicciones van a quedar integradas con el *Judicature Act* de 1873. Explica Losano que “El *Judicature Act* de 1873 no hizo más que sancionar el resultado de una larga evolución histórica estableciendo que *Common Law* y *equity* deberían ser administrados por los mismos tribunales, los cuales habrían de dar preferencia a la *equity* en caso de conflicto.” (Losano, 1993, p. 172).

El desarrollo de la *equity*³², como ya se mencionó, resultó de gran importancia frente al *trust*, y en particular, en relación con su antecedente inmediato, el “*use*”. El *use* era un acuerdo muy parecido al *pactum fiduciae* del derecho romano y su origen inmediato se encuentra en la imposibilidad de transferir un bien a manos de otro por la prohibición de éste de recibir la propiedad, por lo que se transfería al bien a un tercero con la carga de permitir el disfrute del mismo al beneficiario o de transferirlo con posterioridad. Evitar la aplicación del decreto de manos muertas por las comunidades religiosas, o evitar los derechos del *Lanlord* a obtener los bienes del *tenant* a su muerte, son las razones más mencionadas para la práctica del *use*, sin embargo, también la búsqueda de la insolvencia para eludir el pago a acreedores fue una de las causas de su uso.

Un ejemplo puede clarificar su contexto: por el decreto de manos muertas las comunidades religiosas no podían recibir donaciones. Esto lleva a que las comunidades busquen un remedio para aumentar sus riquezas,

32 Es muy importante para la comprensión del tema tener en cuenta que la *equity* es el resultado del trabajo de revisión que hizo la cancillería del rey al rígido sistema del *common law*, por lo que por *equity* pueden entenderse dos asuntos diferentes, de una parte el esfuerzo por integrar y flexibilizar las fórmulas del *common law* que dejaban por fuera de reconocimiento judicial asuntos que exigían tratamiento y reconocimiento especial, por esa razón, sin que se desconociera el *common law*, la cancillería del rey se fue convirtiendo en una jurisdicción, la jurisdicción que aplica la *equity*, por lo que, en segundo lugar, la *equity* se conforma por todo ese conjunto de derechos reconocidos frente al *common law*. Esto hace que no sea contradictorio pensar en la *equity* como conjunto de normas, como una jurisdicción especial en sus inicios, sin que desconozca la aplicación del *common law*, asunto que, como lo explica Sir Paul Vinogradoff (1967), resultó bastante complejo, contradictorio y en veces antagónico, incluso para la revisión de casos frente a la aplicación del *common law* y de la *equity*, asunto que se solucionó con la unificación de las jurisdicciones en el siglo XIX. En ese sentido, explica Vinogradoff (1967): “El antagonismo que hemos señalado no debe atribuirse a una nueva diferencia de opiniones o a una rivalidad de instituciones, sino a una diferencia fundamental de métodos. En uno de los sistemas el centro de gravedad está situado en la norma formulada, y en consecuencia existe una fuerte tendencia a sacrificar lo particular a lo general, la justicia a la certeza, en tanto que en el otro existe una búsqueda más directa de la justicia y un amplio poder discrecional por parte de los jueces para fallar de acuerdo a sus ideas de lo justo y adecuado al caso” (p. 156). Como se observa, la *equity*, en el proceso histórico anglosajón es más que una jurisdicción, pues se refiere a una metodología, a una revisión de derecho frente al *common law*, y se refiere a los derechos que efectivamente, dentro del sistema de precedentes aparecen reconocidos, justo aquí se reconoce al *USE* y luego al negocio fiduciario, el denominado derecho de propiedad en equidad.

particularmente las inmobiliarias, por lo que el constituyente del *use* (denominado: *feoffor, trustor, settlor o grantor*), transfiere sus derechos sobre el bien a un *feoffe to use* o *trustee*, quien aparece como nuevo propietario ante el *common law* y quien es, técnicamente para este caso, el *legal ownership*, que ostenta frente a terceros la propiedad. Dicha propiedad se encuentra condicionada a un cometido o finalidad consistente en permitir el disfrute de otro, denominado *enfeofment* o *cestui que trust*, que como en el caso de las comunidades religiosas, no podían recibir donaciones. De ahí su enorme parecido con el *pactum fiduciae* del derecho romano.

Como lo explica Claret (1946):

La fiducia, imaginada para eludir las leyes de manos muertas, entrañaba una misión de confianza, aceptada por el fiduciario y que comprometía su conciencia vis a vis del beneficiario que el que disponía de los bienes quería beneficiar, y la *common law* no daba una sanción a esta obligación que solo nacía de la conciencia o de la confianza que el que disponía de los bienes depositaba en la persona del fiduciario. (p. 42).

Este derecho del beneficiario fue, justamente, el que reconoció la secretaría del rey a través de la *equity*.

Para la Corte o Tribunal de la Cancillería, la obligación de conciencia o de confianza crea un derecho verdadero, pero de naturaleza equitativa *equitable right*, y para hacerlo cumplir tenía un poderoso medio de acción, su jurisdicción *in personam*. (Claret, 1946, p. 43).

Esto quiere decir que, de acuerdo con la *equity*, el propietario legal (fiduciario o *trustee*) debía seguir la instrucción del constituyente y realizar plenamente la finalidad propia del cometido pedido en el contrato, por lo que se reconocieron intereses en relación con la propiedad al *cestui que trust*. Este derecho o interés se fundamenta en que el disfrute de la finalidad por la que se constituyó el *use* supone el ejercicio de una nueva categoría de interés, un interés en equidad que le confería la *equity property* convirtiéndose en un verdadero *equity ownership*. Sobre el tema explica Hepburn (2001):

Ownership in equity confers similar rights to ownership at law. The holder of an equitable beneficial interest has, for example, the right to exclude the rest of the world (apart from the legal owner) from the property

and the right to alienate the interest. The interest of the beneficiary is considered proprietary because it consists of the right to compel the trustee to exercise their legal proprietary rights in accordance with the terms of the trusts. (p. 42).

- ii. Las formas de propiedad recogidas en el *trust* angloamericano. Como se observó, la *equity* reconoció un interés específico en el beneficiario de los negocios fiduciarios. Podría recrearse el panorama pensando que se trata de dos caras de la misma moneda, en la medida en que aparece un título legal frente a la propiedad en cabeza del fiduciario o *trustee* y otro en cabeza del beneficiario, un título de propiedad en equidad derivado de su interés en los resultados del cometido encargado por el constituyente de la misma, que le confiere, por lo tanto, una serie de derechos como titular de ese derecho de dominio.

El *trust* en su modalidad básica, el *express trust*, contiene un doble derecho de propiedad. El *legal ownership* en la medida en que los bienes fideicomitidos son transferidos plenamente al *trustee* y por lo tanto podrá disponer de ellos según las finalidades propias del encargo encomendado. En el caso del *cestui que trust* o beneficiario se encontrará la *equity property* por lo que éste será un *equity ownership* en función de su interés específico en los resultados de la administración. Este doble contenido del derecho de propiedad, se resalta, está en función del interés jurídico que se tiene frente al objeto mismo del derecho.

1.2 La comprensión del trust anglosajón en el derecho Latinoamericano y el panorama interpretativo frente a los encargos de confianza previstos en la legislación de 1923

La separación de los distintos intereses, el interés legal y el interés en equidad, común en el derecho angloamericano servirá de lineamiento para el encargo de confianza introducido en Colombia en 1923, así como en otros países de Latinoamérica, entre ellos Panamá, México y Costa Rica³³, a pesar de las enormes

33 Estos lineamientos como se verá sirven para la estructuración de derechos en el marco del contrato, aun cuando su concepción sea diferente a la anglosajona, con ello se muestra también un cambio de concepción frente al contenido de la fiducia que partía de la consideración subjetiva y las relaciones personales derivadas del encargo, hacia una concepción en la que aparece como sustancial en la discusión es la apropiación patrimonial o disposición de bienes más allá del derecho de propiedad entendido como un derecho real de disposición, sino como un interés jurídico que debe estar reglado. Puede verse en Eder (1954, P. 51-52).

diferencias con la concepción del derecho continental que influencia la mayor parte de la tradición civilista latinoamericana de la época.

Los modelos contenidos en las legislaciones civiles de los países latinoamericanos hacían referencia a la fiducia para asuntos herenciales principalmente, temas que se reglaron con extrema rigidez y que impedían el uso de sus reglas para ser aplicadas a otras formas de negocios.

Esta situación hacía atractivo, con el fin de flexibilizar la formación de nuevos negocios, introducir una figura que, a partir del *trust* angloamericano, ampliara la gama de posibilidades contractuales. Sin embargo, la gran dificultad frente al *trust* se encontró en la estructura del derecho de propiedad del derecho continental que no permite explicar la coexistencia de dos derechos de propiedad fundamentada en los distintos intereses del fiduciario y del beneficiario, como sucede en el derecho angloamericano, pues la concepción del derecho de dominio contenida en las codificaciones civiles solo autoriza la comprensión de un propietario legal, siendo lo más cercano al *trust*, en la concepción continental, referirse a un negocio en el que hay un nudo propietario y un usufructuario diferentes, figura que de plano resulta muy diferente al concepto fiduciario angloamericano.

La concepción de la fiducia como un negocio de administración a partir del cual se enajenan bienes a un administrador (*trustee*) para que con estos se realice un cometido acordado manteniendo la separación patrimonial, se introdujo en las legislaciones de varios países latinoamericanos, como ya se expresó, bajo el concepto de un molde de negocio que, como encargo de confianza, permitiría a través de las legislaciones civiles y financieras el desarrollo de los mercados inmobiliarios y de capitales.

En el esquema inicial propuesto, la preocupación en la que se concentra el debate jurídico, consistió en resolver la pregunta sobre cómo adecuar la estructura del derecho adoptado (derecho extranjero), frente tal entorno del derecho propio. Un ejemplo de esto es el concepto de la recién formada Superintendencia Bancaria No. 588 de agosto 12 de 1926³⁴ (Asociación Bancaria de Colombia, 1988, p. 495), Oficio en el cual se resolvía la consulta acerca de los encargos que podía realizar la sección fiduciaria de los bancos en Colombia, en donde se equipara la actividad de las secciones con las *Trust Companies* en los Estados Unidos.

34 Constituye un excelente soporte para la revisión de Conceptos de la Superintendencia Bancaria de la época y de legislación y jurisprudencia sobre la materia el documento: Régimen legal de la fiducia, editado por Asociación Bancaria de Colombia en 1988.

La pregunta se formulaba para determinar si los bancos tenían la exclusividad para el manejo en el país de encargos que conllevaran la venta y administración de bienes raíces. La Superintendencia responde en forma negativa indicando que las *Trust Companies* norteamericanas realizaban ese tipo de negocios, pero no lo monopolizaban. (Asociación Bancaria de Colombia, 1988, p. 495)

De este sencillo concepto del año 1926, se pueden observar dos elementos para el análisis, en primer lugar, un esfuerzo de la doctrina por eliminar la incertidumbre frente al trasplante o apropiación institucional introducido en el año 1923, con la legislación propuesta por la Misión Kemmerer, de clara influencia anglosajona: La modernización de la estructura económica fundamentada en una serie de cambios legislativos trae consigo la búsqueda por adecuar una serie de conceptos que no se encontraban enraizados en nuestra cultura jurídica, influenciada por el derecho continental y en particular por el derecho romano. De hecho, tener que explicar si es exclusiva una actividad para los bancos y dar respuesta a partir del comportamiento de las *Trust Companies* en los Estados Unidos llama la atención de inmediato desde el punto de vista de los recursos utilizados para la interpretación a los que acude la autoridad administrativa de la época, que, como se verá, será un recurso permanente, aun cuando no satisfactorio, dentro de la descripción diacrónica propuesta. En segundo lugar, este esfuerzo por reducir la incertidumbre, representa un afán por definir nuevas reglas institucionales y dar explicaciones sobre la forma de un negocio que se ha trasplantado o apropiado del derecho angloamericano (North, 2006).

Como se indicó en la introducción, la preocupación por la incorporación del negocio no era solo nacional. Goldschmidt (1954), explica cómo los principales problemas de la incorporación del *trust* en los esquemas latinoamericanos, influenciados por el derecho continental, se encuentran en la aplicación de los principios angloamericanos y el funcionamiento del *common law* y la *equity*, en particular para efectos de reconocer el esquema del derecho de propiedad derivada del *trust* frente al concepto de derecho real de propiedad propio del derecho continental. El autor encuentra como explicación "...la creciente influencia de los Estados Unidos en los países de derecho continental" (p. 7). Por eso, no es de extrañar la discusión sobre la incorporación del *trust* y sus efectos patrimoniales, pues entre los años 20 y 40 del pasado siglo, cerca de once países latinoamericanos adoptaron medidas legales sobre formación de contratos derivados de la fiducia angloamericana, dándole distintas acepciones: encargos de confianza, mandatos irrevocables, comisiones de confianza, casi siempre vinculando su operación al

sector bancario a través de secciones fiduciarias debidamente autorizadas y constituidas.³⁵

La figura de la propiedad fiduciaria civil incorporada en el Código Civil colombiano se soporta en el Libro de Los Bienes como una limitación al derecho del dominio, al igual que el usufructo, las servidumbres y el derecho de uso o habitación. La propiedad fiduciaria civil cuenta con tres partes (constituyente o fideicomisario; fiduciario y, beneficiario o fideicomisario), y deriva directamente del *pactum fiduciae* del derecho romano.

En la propiedad fiduciaria civil se transfiere por el constituyente el dominio de bienes al fiduciario, quien los usa y disfruta como un propietario hasta que se verifique una condición de la cual pende el derecho de propiedad y que supone el traslado de la misma al beneficiario designado. Su constitución se denomina fideicomiso y la propiedad derivada de la misma es una propiedad fiduciaria (artículo 794, incisos 2 y 3 del Código Civil colombiano). En ese orden de ideas, los bienes enajenados a título de propiedad fiduciaria civil entran a formar parte del patrimonio del fiduciario, soportando una condición que limita sus alcances específicos. Si el goce que se autoriza en la constitución del fideicomiso se encuentra al arbitrio del fiduciario, éste no responderá sobre el deterioro de los bienes entregados. De la lectura de las normas de la codificación civil sobre la materia, que asocian la propiedad fiduciaria civil al tema sucesoral, se encuentra una limitación que hace aún más difícil la flexibilidad del fideicomiso frente a los negocios, esto debido a que se sujeta la propiedad fiduciaria a las reglas de las donaciones en materia de insinuación.

La insinuación³⁶ es un requisito consistente en la solicitud que hace el donante o donatario con el fin de obtener autorización judicial. La inobservancia del requisito se sanciona al considerar el valor de lo actuado (no actualizado legalmente) por un máximo de “dos mil pesos” y, como la misma norma lo dispone, en ese caso, toda donación (aquí transferencia de la propiedad condicionada), que se haga sin observar la regla será nula en su exceso. El legislador civil las denomina “donaciones fideicomisarias con cargo de restituir a un tercero” haciendo referencia al negocio civil del fideicomiso³⁷.

35 Bolivia incorporó el esquema con la Ley 608 de 11 de julio de 1928; Chile con el Decreto-Ley 559 de 1925, Colombia con la Ley 45 de 1923; Costa Rica, Ley 15 de 1936; El Salvador, Decreto 197 de 1937; Venezuela, Ley 24 de enero de 1940; México introdujo la Ley General de Títulos y Operaciones Financieras, de 15 de septiembre de 1932; Panamá con la Ley 9 de 6 de enero de 1925, producto del proyecto presentado por Ricardo Alfaro, Ley que fuera modificada por la Ley 17 de 1941; Perú, Ley 7159 de 1931 y, Puerto Rico que la introdujo en su Código Civil de la época.

36 Artículo 1458 del Código Civil colombiano vigente.

37 Artículo 1467 del Código Civil colombiano vigente.

El profesor Ricardo Alfaro (1920)³⁸ publica en 1920 un proyecto de legislación sobre el *Trust* para Panamá. El trabajo de Alfaro cuenta con 93 páginas en las que hace un estudio del *trust* y su conveniencia en Latinoamérica, anexando un apéndice con un proyecto normativo que se convertirá unos años después en la legislación panameña sobre la materia.

Alfaro (1920) comienza dando revisión a las legislaciones civiles sobre la materia, en particular de las que adoptaron el Código Civil chileno de 1852, como es el caso colombiano, para luego pasar a revisar la historia del *trust* anglosajón, por lo que pasa a estudiar las condiciones anteriores y posteriores a la ley de manos muertas en Inglaterra, con el fin de explicar cómo del “*use*” y de su tratamiento judicial se habían derivado derechos desde el ámbito de la equidad, entre ellos el reconocimiento de la propiedad en equidad, que derivó el *cestui que trust*. De tal suerte que los *trust* van a ser las formas contractuales del *uses* no prohibidos después de las reglas establecidas en 1535, en Inglaterra.

De acuerdo con lo anterior, explica, “...pueden ser objeto de *trust* todas aquellas operaciones para cuyo buen éxito, seguridad y protección sea útil o necesaria la intervención de un fiduciario cuyo crédito, experiencia y probidad constituyan una garantía positiva” (Alfaro, 1920, p. 29). De tal forma que el objetivo del *trust* se encuentra en actividades como el pago de deudas del fideicomitente, la venta de bienes con el fin de pagar a los acreedores, la preservación de bienes futuros, la consecución de bienes raíces, el pago de pensiones vitalicias y la emisión de títulos, entre otras posibles actividades civiles y mercantiles. Actividades que en Estados Unidos desarrollan grandes bancos que tienen como función principal “...ejecutar fideicomisos en favor de individuos” (Alfaro, 1920, p. 29).

Para Alfaro (1920), resulta claro que la legislación civil, al incorporar el tema fiduciario en el régimen de bienes, desarrolla la sustitución fiduciaria y no las particularidades del *trust* anglosajón, siendo ésta sustancialmente diferente:

El fideicomiso del derecho romano y del derecho chileno, institución fósil, sin flexibilidad, sin plasticidad, sin amplitud de acción, no es de utilidad ninguna a las relaciones civiles, tan variadas y complejas, de los pueblos contemporáneos. (p. 5).

38 Este proyecto se convirtió en Ley 9 del 6 de enero de 1925. El texto en el que presentaba el proyecto se titulaba: “El fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al TRUST del derecho inglés.”

Alfaro considera que el fideicomiso romano, al estar ligado al tema herencial, es inútil a diferencia del fideicomiso anglosajón al que considera flexible y adaptable a las diferentes prácticas civiles. La intención de Alfaro al elaborar el proyecto de ley que construía para Panamá, era la de ampliar el espectro de acciones y operaciones para la administración de negocios en el ámbito bancario.

En ese sentido reiteraba que:

(...) nuestras instituciones civiles son poco flexibles. Cada una corresponde a un concepto rígido, limitado, exacto, crea ciertos derechos e impone ciertas obligaciones; éstas y aquellos deben corresponder exactamente a la clase de contrato que se ha celebrado. Si esa correspondencia exacta falta, los derechos o las obligaciones corren el peligro de perder su efectividad". (Alfaro, 1920, p. 32-33).

Haciendo uso de la definición que sobre el *trust*³⁹ hace Lord Coke⁴⁰ para resaltar la transferencia que se hace de la propiedad de los bienes al fiduciario o *trustee*, Alfaro revisa la estructura del negocio con el fin de compararlo con el mandato civil, pues considera que sus contenidos son muy parecidos. Considera que el punto de contacto entre el *trust* y el mandato es el encargo que, en el derecho romano, refiriéndose al *pactum fiduciae*, convertía al aquí fiduciario en heredero, mientras que en el *trust* lo convierte en propietario.

Explica Alfaro (1920):

Lo que hace el fiduciario es en resumidas cuentas desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia el contrato de mandato es aquel por medio del cual se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta de otro, hay que

39 En publicación del año 1944 Alfaro cambia su postura en un informe presentado al Congreso se Jurisconsultos de Río de Janeiro (Brasil), al tratar el tema del encargo fiduciario frente al *trust* considera que son tres los elementos esenciales del fideicomiso: la transmisión de bienes que se fideicomiten; la afectación o el encargo, es decir, la finalidad buscada con la administración y, el beneficio conferido (Alfaro, 1944, p. 289). La definición que ofrece es, en ese sentido muy diferente y difiere del contexto del mandato sobre el que trabajaba inicialmente: "El fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada **fiduciario**, para que disponga de ellos conforme lo ordene la persona que los transmite, llamada **fideicomitente**, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario". (Alfaro, 1944, p. 289) (negritas del texto original). No obstante, la Ley 17 de 1941, que reemplaza en Panamá a la que fuera inicialmente proyectada por Alfaro, sigue en su artículo 1 denominando al fideicomiso como un mandato irrevocable.

40 De acuerdo con la cita que hace Alfaro, la definición de Lord Coke es la siguiente: "La confianza depositada en una persona, y que no emana de la propiedad raíz sino que es accesoria a ella, vinculada con el dominio de la propiedad raíz y con la persona que posee y respecto de la cual es el *cestui que trust* (fideicomisario) no tiene acción sino por competencia ante el tribunal de la Equidad" (Alfaro, 1920, p. 44).

concluir rectamente que el fideicomiso en sustancia es un mandato, en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante. (p. 46).

Para Alfaro, sin embargo, el mandato es insuficiente para explicar la fiducia por su revocabilidad y porque no requiere transferencia de dominio de los bienes administrados, en tal forma que el fiduciario no es un propietario legal debidamente titulado, por lo que, concluye, el fideicomiso que se adopte, para funcionar adecuadamente, requiere revestir la forma de “...un mandato irrevocable en virtud del cual se verifica una transmisión de bienes” (Alfaro, 1920, p. 46).

En esa forma de mandato irrevocable fundado en el encargo de confianza y cuyo objeto es la administración de bienes, de acuerdo con la disposición hecha por el fideicomitente en su constitución, los sujetos son tres: el fideicomitente o constituyente, el fiduciario o administrador y el fideicomisario o beneficiario de la administración de los bienes fideicomitados.

El proyecto de ley que aparece como apéndice del estudio y que Alfaro (1920) denomina “Proyecto de ley sobre institución de fideicomisos,” considera los contenidos del mandato como parte del negocio fiduciario.

Del proyecto se pueden resaltar los siguientes aspectos:

- La fiducia puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, presentes o futuros, así como sobre bienes corporales o incorporales, puede tratarse de cualquier bien, no solo bienes herenciales.
- Autoriza que el fideicomiso sea “...particular o universal, puro o condicional, a día cierto, por tiempo determinado o durante la vida del fiduciario o del fideicomisario” (Alfaro, 1920, p. 52).
- Se encuentran prohibidos los fideicomisos secretos así como los fideicomisos familiares, generales y sucesivos, es decir “...cuando éste concede el mismo beneficio a dos personas distintas y la segunda debe recibir por la muerte de la primera” (Alfaro, 1920, p. 57).
- En el fideicomiso debe expresarse la finalidad y determinar el beneficiario. Se encuentra autorizada la designación de dos o más fiduciarios o fideicomisarios.
- La falta de una de las partes en el fideicomiso impide su existencia.
- Su constitución puede hacerse por acto entre vivos o por testamento.

- El fiduciario podrá ser persona natural o jurídica, en el primer caso se exigen las calidades que la ley requiere para poder ser tutor.
- “El fiduciario tiene todas las acciones y derechos inherentes al dominio, pero no podrá enajenar ni gravar ni pignorar los bienes fideicomitidos a menos de tener una autorización expresa, o de ser imposible la ejecución del fideicomiso sin enajenarlos, gravarlos o pignorarlos”. (Alfaro, 1920, p. 70, Artículo 27).
- Por último, se establece que, al finalizar el negocio, el fiduciario tiene la obligación de restituir los bienes objeto de la administración al constituyente del fideicomiso.

Como se verá a continuación, las discusiones de los años veinte del siglo pasado sobre la apropiación del negocio fiduciario en Latinoamérica, de la cual el mejor ejemplo lo constituye el trabajo de Alfaro, se van a aplazar para el caso colombiano por varios años, durante los cuales se estuvo en vigencia el encargo de confianza de las secciones fiduciarias de los bancos previsto en la Ley 45 de 1923, este aplazamiento va a encontrar su punto de quiebre en 1958 año en el que se evidencia la discusión en torno a una nueva legislación comercial para el país. En este debate acerca de la adopción de un régimen mercantil propio se va a incluir el negocio de fiducia en el cual se harán evidentes las dificultades de la incorporación de un molde similar al *trust* angloamericano en nuestro sistema jurídico colombiano.

1.3 La fiducia en el proyecto de Código de Comercio de 1958

El 28 de julio de 1958, el Ministro de Justicia de aquel entonces, Rodrigo Noguera Laborde, presenta ante el Congreso de la República de Colombia el proyecto de Nuevo Código de Comercio elaborado por una Comisión⁴¹ de Expertos integrada por los abogados y profesores Víctor Cock, José Gabino Pinzón, Álvaro Pérez Vives, Efrén Ossa Escobar, Emilio Robledo Uribe y Guillermo Barreto Ferro. El proyecto, es presentado en dos tomos (el primero contentivo de los artículos correspondientes en 520 páginas, y, el segundo, de consideraciones o exposición de motivos, no menos extenso, de 698 páginas). Lo concerniente al tema fiduciario aparece reglado en el Libro III, de los contratos, Título X, artículos 1118 a 1143.

En la exposición de motivos se hace una extensa presentación del contrato de fiducia cuyo alcance se podría clasificar en tres grandes puntos, todos ellos

41 En adelante se hará referencia a ésta como la “Comisión”.

justificativos. El primero referido a las diferencias entre la fiducia que se regla en el proyecto presentado, con otros moldes legales ya existentes, fiducia que se adopta tomando el modelo angloamericano, como la misma Comisión lo afirma. El segundo punto referido a las dificultades que representa el modelo angloamericano en el caso de la adopción de un esquema parecido al *trust* en Colombia frente al modelo de propiedad. El tercero, en el cual, a partir de un recuento de las disposiciones contenidas en el proyecto, se presentan algunas conclusiones sobre el esquema legal que quedaría en el país sobre el negocio.

Para el estudio que sigue acerca de los aspectos principales tenidos en cuenta por la Comisión se respetará el orden expositivo anterior, por considerar que así se puede dar un mayor énfasis a las preocupaciones de la Comisión, los argumentos para sus respuestas y a algunos de sus planteamientos o soluciones. Sin embargo, desde ya, es prudente anotar que el trasplante legal propuesto tiene dos sustratos que se recalcan en este trabajo: la duda que la misma Comisión tiene en relación con la posibilidad de adoptar un esquema patrimonial que vivifique el modelo trasplantado tal como opera en su lugar de origen, y en un segundo nivel, un esfuerzo intelectual por encontrar dentro de los marcos del derecho civil colombiano, una explicación y, a su vez, una solución del esquema patrimonial que se adecue al propuesto.

1.4 Presentación de la fiducia y diferencias con otros moldes civiles

La Comisión Revisora del Código de Comercio (1958), antes de explicar en qué consiste el negocio fiduciario contenido en el proyecto, parte de establecer que la fiducia es diferente de la propiedad fiduciaria civil de que trata el Código Civil colombiano en el libro de bienes, y del modelo de la Ley 45 de 1923, por tratarse de un “encargo de confianza”.

Resulta muy interesante observar cómo la Comisión se ocupa en extenso de la propiedad fiduciaria civil y sólo dedica unos cuantos párrafos al esfuerzo legislativo de 1923. Al igual que Alfaro (1920), dedica más palabras para sentar la diferenciación con la herencia romana que a revisar lo que puede considerarse como antecedente específico del molde angloamericano, con un elemento adicional: en ninguna de las reglas presentadas para el proyecto, se deroga o se reemplaza la legislación de 1923, simplemente se observa por la Comisión, que el encargo de confianza es un marco general de negocios, excesivamente reglamentado, en el cual se indican en forma concreta cuáles son los asuntos

que pueden atender las secciones fiduciarias de los bancos (como si no pudieran extenderse o ser más) y que los requisitos y autorizaciones exigidas en la ley 45 de 1923, que deben ser verificados por la Superintendencia Bancaria, debieran ser objeto de reglamentación administrativa y no de legislación general expedida por el Congreso de la República.

Este aspecto sugiere, en principio, un aire de desconfianza en el modelo de la Ley 45 de 1923, sobre el cual, como ya se indicó, el trasplante operó sin mayores discusiones de fondo por el mismo afán de mejorar la institucionalidad económica colombiana, que en su momento requería nuevas y más leyes que organizaran el comercio, el sistema financiero y el flujo de dinero en la economía.⁴²

La Comisión recuenta cómo el fideicomiso, tanto en el derecho romano como en el anglosajón, tiene su origen en el fraude o violación a la ley, esto con el fin de profundizar en el estudio de la formación del *use* como producto de lo que denomina “la necesidad de sustraer del patrimonio de algunos personajes perseguidos por motivos especialmente políticos, aquellos bienes que, de encontrarse en su poder, les serían confiscados” (1958, Vol. 1, p. 285). A pesar de esa introducción fundamentada en el fraude o violación a la ley, la Comisión, pasa a reconocer que en la actualidad el *trust*, es un sistema de administración de asuntos comerciales altamente operativo, dinámico y ágil, que no puede confundirse con su formación inicial y que nada tiene que ver con la simulación de negocio⁴³, por no encontrarse en él la búsqueda del ocultamiento (ni de persona, ni de negocio o cláusula).

42 En el mismo sentido afirma López L. (1995): “El afán del Estado por presentar una institucionalización y una estructura que le permitiera su mejor desenvolvimiento fue uno de los elementos que determinó la necesidad de recibir asesoría extranjera que definiera los pasos necesarios para un mejor manejo de la economía nacional” (p. 56). Con lo cual reitera para enfatizar el éxito de la adopción legislativa de los proyectos presentados por la Misión Kemmerer del 23: “Debe resaltarse en este paquete de normas legislativas la extraordinaria velocidad con que estas iniciativas fueron aprobadas por las dos Cámaras, evento que habla por sí solo del anhelo de institucionalización vigente en la época” (p. 57).

43 Al parecer la Comisión (1958) quería zanjar con una discusión de la época por la que se consideró que la fiducia podía conllevar simulación, por eso nombran en la exposición a Ferrara y a Grassetti, como autores que han presentado argumentos suficientes que demuestran que la simulación no se encuentra presente en la constitución de fideicomisos, tan sólo como argumentos de autoridad sin que se haga relación de las razones (p. 285). Para el interesado en el tema un buen recuento se encuentra en el trabajo de Kiper & Lisoprawski (2004), quienes sostienen que lo que se debe preguntar es “...si el medio empleado (en nuestro caso, el fideicomiso) es un negocio jurídico cuyos efectos exceden el fin propuesto por las partes y la posibilidad de abusar el derecho adquirido por el “fiduciario” (p. 18 - 19) quienes, a partir de los conceptos de Messina y Grassetti que esto no sucede, “...porque la atribución patrimonial es indispensable para la consecución del fin práctico (garantía, administración, donación, etc.) contemplado por las partes”. (p. 19). Existe un acuerdo sobre la administración, que conlleva la transferencia de bienes y por lo tanto no hay desacuerdo entre la disposición de intereses y la declaración que de ella se hace, en adición a que no existe ocultamiento ni acuerdo sobre el mismo. Creemos que la simulación es susceptible de presentarse en cualquier clase de negocio, pero el negocio fiduciario por sí mismo no es un negocio que conlleve la simulación, ésta debe ser probada en cada caso particular y no ser afirmada como una circunstancia natural de la especie.

Frente al fideicomiso de origen romano, del que inferen las sustituciones fideicomisarias, la Comisión (1958) considera que produce una inadecuada inmovilización de la propiedad, a diferencia del *trust*, que no busca violar la ley, sino realizar fines “eminentemente prácticos” (pág. 285).

Definen el *trust*, sin hacer indicación de referencia alguna, como “...una obligación de equidad por la cual una persona llamada “trustee” debe usar una propiedad sometida a su control (que es llamada “trust property”), para el beneficio de personas llamadas “cestui que trusts”” (sin cursivas el original), haciendo reconocimiento de sus ventajas operativas para con ello indicar que la aplicación de su molde requiere de “un acomodamiento especial” (Vol. 1, 1958, p. 286).

El resto de elementos diferenciales entre el *trust* y la propiedad fiduciaria civil son presentados como parte de las explicaciones sobre las características del *trust* angloamericano con el fin de dar lugar, no sólo a una mayor comprensión del tema sino, también, a la problematización sobre los derechos derivados de la propiedad fiduciaria y su acoplamiento en el derecho colombiano.

Entre las diferencias que presenta la Comisión (1958) se destacan las siguientes:

- El fiduciario en el fideicomiso civil tiene una propiedad condicionada “aunque es un verdadero propietario”, mientras que en el *trust* el fiduciario tiene la propiedad plena sobre el bien, sin embargo, el dominio se ejerce para administrar los bienes “...absolutamente en favor de un tercero, el “cestui que trust o “beneficiary”” (Comisión Revisora del Código de Comercio, 1958, Vol. 2, p. 286).
- El beneficiario no cuenta sino con un derecho eventual dependiente de la realización de la condición, en el caso del *trust* es propietario de los bienes entregados en fiducia como derecho reconocido por la *equity*.
- El fideicomiso romano tiene como fin “...la sustitución sucesiva de propietarios” (Comisión Revisora del Código de Comercio, 1958, Vol. 2, p. 287), mientras la condición no se realice el fiduciario puede lucrarse con los bienes fideicomitados, ese es parte de su derecho mientras no se realice la condición que limita la propiedad. En el *trust* anglosajón el fiduciario no tiene posibilidad de lucro con los bienes administrados, pues se administran en función del cometido. A lo cual la Comisión (1958, Vol. 2) agrega:

Lo que persigue, pues, el fideicomiso o “trust” es más que todo, comisionar a una persona natural o jurídica para que, actuando como

propietaria, administre y disponga de un patrimonio determinado en provecho de un exclusivo de un tercero a quien se quiere beneficiar o en provecho del mismo constituyente o también para lograr un objeto especial sin un beneficiario determinado. (p. 287).

Como se observa, en líneas generales, la Comisión va presentando en su proyecto algunos aspectos que hacen referencia al contenido patrimonial del negocio sobre los que hace posterior énfasis, en particular, como se ha indicado, sobre la doble titularidad del dominio, es decir, el dominio en cabeza del fiduciario como propietario legal y, el dominio del beneficiario como propietario en equidad, derivados del derecho anglosajón. Así, la Comisión, va delineando lo que ya se ha presentado en el caso de otras experiencias latinoamericanas: un interés en separar la que se podría denominar aquí como “experiencia civil” frente a la necesidad de otras formas de comprensión de los negocios mercantiles como más flexibles y prácticos. Sin embargo, frente al desarrollo expositivo, estas primeras formas de explicación carecen, en inicio, de una construcción profunda en lo relativo a lo que la misma Comisión ha denominado atrás como necesidad de acomodamiento especial de la figura. Sin que la Comisión haga distinciones entre las diferentes modalidades del *trust* anglosajón, ha buscado al inicio hacer su presentación con el fin de distinguirlo frente a la propiedad fiduciaria civil dejando de lado la experiencia de 1923.

Culmina su exposición sobre las diferencias con otras formas contractuales utilizadas, separando el *trust* del mandato, pues si bien, éste tiene parecido con el esquema anglosajón en la medida en que mandatario y fiduciario no obran en su propio interés, sino que se sustraen a la realización de la gestión encomendada y rinden cuentas sobre la realización de sus cometidos, el *trust se* diferencia de éste con el elemento particular de la transferencia de la propiedad, “...si bien esa propiedad es sui-géneris en nuestro derecho, ya que está limitada por los intereses del fideicomisario y orientada en beneficio de éste...” (Comisión Revisora del Código de Comercio, 1958, Vol. 2, p. 288). La Comisión considera que ese elemento permite la celeridad junto a una mayor seguridad para los negocios.

En este punto la Comisión titula una parte de su exposición como “La dualidad del dominio”, con el fin de ahondar en las distinciones que hace el derecho angloamericano sobre las clases de propiedad que se derivan del *trust* y confrontarlas con el derecho colombiano, lo que ha denominado como un punto capital de la discusión: el “...acomodamiento del fideicomiso a nuestro derecho” (1958, Vol. 2, p. 290). De esta forma, se explica que un primer elemento a tener en

cuenta es la diferencia entre el *common law* y *equity*: “...de más difícil comprensión para nosotros, por no existir nada semejante en nuestro derecho” (p. 290) de donde, luego de hacer un recuento sobre la formación de la *equity*, la Comisión pasa a concluir que “...por su medio, se subsanaban las injusticias resultantes de la aplicación del derecho estricto de tal modo que en caso de un fallo contrario al dictado en derecho estricto, primaba el dictado en equidad” (p. 290). Con esto, La Comisión explica cómo el fiduciario recibe la propiedad según el *common law*, a la vez que el beneficiario o *cestui que trust* también la tiene por vía de la *equity*, encontrándose sobre los mismos bienes un doble dominio: el dominio legal y el dominio en equidad. La respuesta a esta doble titularidad se encuentra en que el fiduciario está en función de la administración, mientras que el beneficiario está en función del disfrute, con esto, la Comisión (1958, Vol. 2) se acerca a una explicación de los distintos intereses presentes en los dos tipos de propiedad y agrega:

Como entre nosotros no existe dualidad en el derecho de dominio, y sobre unos mismos bienes solo puede haber un propietario, la introducción en nuestro sistema legal del fideicomiso angloamericano encuentra esa dificultad que en último término lo desvirtuaría si no se pudiera encontrar una forma de acomodar el fideicomiso a nuestras instituciones.

Quizás la forma sea otorgar al fiduciario la calidad de propietario de los bienes fideicomitados, pero dando a su vez, en ciertos casos, al fideicomisario un derecho real condicionado sobre ellos, derecho que le permitirá perseguir los bienes en manos de quien maliciosa o gratuitamente los adquiera, en perjuicio de sus intereses. En todo caso la existencia de un derecho eventual, con sus naturales consecuencias, es hoy innegable (artículo 820, Código Civil). (p. 292).

De esta última cita sorprende observar cómo la Comisión duda sobre el problema frente al cual adelante da una respuesta particular, como se podrá apreciar en el desarrollo de este capítulo. Debe tenerse en cuenta aquí que, en principio, el acomodamiento legal de la figura consiste en buscar una manera de mantener algo parecido al manejo que en el derecho anglosajón se atribuye a la doble titularidad del domino, aquí denominada o tratada como una forma de derecho eventual en la medida en que el fideicomisario, solo en algunos casos, de acuerdo con lo descrito, puede ejercer derechos que se consideran propios del ejercicio del derecho de propiedad, como el derecho de perseguir los bienes de quien los tenga.

La Comisión (1958, Vol. 2), en la búsqueda de soluciones, hace una revisión del caso mexicano en el que la legislación distingue entre la propiedad efectiva y la titularidad del dominio (en cabeza del fiduciario) para determinar que este sistema tampoco es de cabida en nuestro derecho.

1.5 El proyecto normativo de la Comisión Revisora de 1958

La Comisión (1958, Vol. 2) da respuesta a sus incógnitas en la presentación final del articulado propuesto. Luego de recalcar por segunda vez que el negocio regulado por la Ley 45 de 1923 es diferente del regulado en el proyecto en revisión, pasa a describir lo que denomina como “Realidad efectiva del negocio de fiducia” indicando que la constitución del fideicomiso supone la enajenación de bienes al fiduciario con el fin de su administración, posterior enajenación o cualquier otro fin lícito.

Así quedó la norma en el proyecto (artículo 1118):

El fideicomiso es un negocio jurídico por el cual una persona transmite a otra el dominio de sus bienes o de parte de ellos, con el encargo de enajenarlos, percibir sus frutos, enajenarlos, o para cualquiera otra finalidad determinada, en provecho de un tercero o del mismo transmitente. (Comisión Revisora del Código de Comercio, 1958, Vol. 1, p. 240).

Este artículo es claramente diferente de la regulación de 1923, pues el texto enfatiza en el hecho de la transferencia de bienes, que en la legislación financiera (Ley 45 de 1923), no se mencionaba muy a pesar de que su entorno de apropiación, es decir, el haber tomado el molde del derecho anglosajón, lo presupuestaba. Sin embargo, la norma trae consigo un elemento que, desafortunadamente por la falta de discusión del proyecto, no se ha revisado con detenimiento y que, en razón a que en la legislación de 1971 (Decreto Ley 410, hoy vigente), no se recogió, dejamos enunciada aquí en sus líneas básicas: el texto propuesto sugiere la posibilidad de la transferencia por el constituyente de todos sus bienes o de parte de ellos, lo cual conlleva la posibilidad, al menos teórica, de transferir todo el patrimonio a título universal, sentido que rompe con el esquema tradicional de transferencia del patrimonio personal enseñado en Colombia y sólo permitido para casos excepcionales como lo es el de la sucesión y el del patrimonio en liquidación cuando se agota la existencia de la persona jurídica, como sucede para el caso de las sociedades.

Esta discusión tiene particular importancia en relación con los patrimonios autónomos derivados del negocio fiduciario porque una de las dificultades que se presenta en la discusión general sobre la naturaleza del patrimonio se ofrece desde el derecho civil personas al incluir al patrimonio como un atributo inherente a la personalidad en materia jurídica. No es extraño encontrar que aún hoy, cuando se enseñan los lineamientos básicos sobre el tema, se insiste en que el patrimonio es un atributo de la personalidad, derivando de esta afirmación dos consecuencias básicas que no se desprenden en forma directa de las fuentes legales: (i) si el patrimonio es inherente a la personalidad como su atributo, esto significa que no puede haber persona sin patrimonio ni patrimonio sin persona, lo cual rompe con la posibilidad de la enajenación del patrimonio por una persona, como en el proyecto de ley se sugiere, y, de otra parte, (ii) con la posibilidad de que existan patrimonios que se puedan denominar como autónomos por razón de su especial afectación o destinación⁴⁴.

Si bien los patrimonios autónomos aparecen en materia mercantil en casos como la fiducia, los fondos de valores y fondos de pensiones y de cesantías, entre otros, la discusión y desarrollos teóricos todavía mantienen el debate en un relativo silencio evidenciado por los contados trabajos sobre el tema⁴⁵. Preguntas no discutidas en profundidad referidas a temas tales como si la existencia de los patrimonios autónomos depende de la ley o sólo del acuerdo particular, están ahí, a la espera de desarrollos en el cuerpo teórico de la dogmática nacional.

La Comisión (1958, Vol. 2) trata el dilema del doble derecho de dominio que se encuentra en el derecho angloamericano (propiedad legal y propiedad en equidad) evadiendo los marcos de la discusión inicial presentada, cuya pregunta enfatizaba en cómo acomodar el derecho de propiedad en equidad en cabeza del beneficiario teniendo en cuenta su particular evolución y pertinencia en el caso inglés.

Es necesario resaltar que la preocupación del derecho anglosajón es la de resolver los derechos del fiduciario en los intereses que tiene el beneficiario frente a los resultados de la administración que se adelanta, es decir, en cómo mantener la exigibilidad del interés jurídico del beneficiario frente al ejercicio del cometido exigido al fiduciario en la constitución del negocio, de ahí que la *equity* fuera más allá del derecho estricto y exigiera el cumplimiento y protección del cometido,

44 Sobre este problema se puede consultar en Bustamante (1979), su trabajo sobre las distintas concepciones sobre el patrimonio, páginas 21-37.

45 Un trabajo reciente, descriptivo y comparativo de las normas vigentes de la legislación concursal en materia de patrimonios autónomos, que hace evidentes las dificultades sobre el tema, es el de Sotomonte (2009) sobre el patrimonio autónomo como deudor concursal.

frente a los bienes que integran el fideicomiso, y reconociera la *equity property* para que el beneficiario pudiera, como propietario de su interés, exigir el cumplimiento y proteger los bienes como si se tratara de un propietario.

La Comisión (1958, Vol. 2) resuelve la dificultad de dos maneras: (i) La titularidad que denomina como “eventual” (p. 295) (es decir, lo que para el derecho angloamericano correspondería a la propiedad en equidad en cabeza del fideicomisario) la desarrolla a través de una serie de acciones encaminadas a la persecución de los bienes fideicomitados (artículo 1137):

Quando el fiduciario disponga indebidamente de los bienes fideicomitados, el fideicomisario podrá perseguirlos en manos de los terceros adquirentes, a menos que estos sean de buena fe y hayan adquirido a título oneroso, o podrá exigir del fiduciario su valor, más la indemnización de perjuicios. En estos casos, los bienes o su valor, ingresarán nuevamente al fideicomiso, si éste no ha terminado, y continuarán afectos a la finalidad específica (1958, Vol.1, p. 244).

La aplicación práctica de esta norma, además de las dificultades que representa la demostración procesal de la disposición indebida por parte del fiduciario frente a las cargas probatorias, la posibilidad de acceso a la información necesaria, más la dificultad de no causar un daño patrimonial por la duración del proceso, conlleva otro problema que la Comisión (1958, Vol. 1) trata de resolver en el artículo 1138 del proyecto, frente a la posibilidad de remoción del fiduciario, que obra por vía judicial y que tiene iguales dificultades a las anotadas en el anterior trámite, en el cual deben demostrarse las causales de que trata el artículo: intereses antagónicos del fiduciario frente a la administración, dolo o grave negligencia comprobadas o descuido en negocios propios o ajenos o la no presentación de inventarios sobre los bienes fideicomitados hecha por mandato judicial en proceso especial para el efecto:

(...) el juez competente podrá imponer al fiduciario la obligación de efectuar inventario de los bienes recibidos en fideicomiso, así como de prestar una caución especial, pudiendo además tomar aquellas otras medidas de orden conservativo que la prudencia aconseje. (Artículo 1229). (p. 241).

Por último, debe anotarse que la Comisión, al referirse al conjunto de bienes que se han fideicometido, presenta un proyecto de norma en el artículo 1131 del

documento, por el cual establece que “Los fondos provenientes de fideicomisos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario...” (Comisión Revisora del Código de Comercio, 1958, Vol. 1, p. 243), norma que aún hoy se mantiene en el Código de Comercio vigente y de la cual se infieren algunos de los efectos del patrimonio autónomo, aun cuando la Comisión no hace una referencia especial en su extensa exposición de motivos. Esta regla se puede vincular a su vez con la dispuesta en el artículo 1136 de mismo proyecto, en la que se determina que los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir los bienes fideicomitados (pues ya ha transferido su propiedad), salvo el caso de que las acreencias sean anteriores a la constitución del fideicomiso, previendo como excepción a la separación patrimonial, el ejercicio de una acción revocatoria y, además, prescribiendo que tampoco podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciario porque a pesar de la transferencia, los bienes no le son propios, pues se encuentran separados de su activo. En relación con el fideicomisario, solo podrán perseguirse por sus acreedores, los beneficios que le reporte la administración del fideicomiso. Estos apartes del proyecto, como se verá adelante, fueron acogidos plenamente en el texto del Código de Comercio de 1971.

En apariencia la conclusión a la que se podría llegar frente al tema de los patrimonios autónomos en el negocio fiduciario, es que la Comisión (1958, Vol. 2) sin proponérselo ha construido los cimientos con sus discusiones, para la determinación desde la dogmática jurídica, de la conceptualización acerca de lo que ha de entenderse por patrimonio autónomo en el negocio de fiducia mercantil, tal como hoy día lo conocemos. No obstante, al revisar detalladamente la exposición de motivos que presenta la Comisión, los redactores afirman en su exposición otro asunto bien diferente: por un lado, no mencionan en momento alguno el concepto de patrimonio autónomo, sino que en el debate expositivo presentan otro término con contenidos bien distintos, para indicar que en la fiducia que proyectan en las disposiciones mercantiles, lo que aparece es la: “Constitución de un patrimonio relativamente autónomo. Esto se desprende de la especial afectación de los bienes fideicomitados al fin previsto por el constituyente y de la fungibilidad de los elementos de ese patrimonio” (p. 295).

La Comisión en el proyecto no hace referencia alguna en es específico al patrimonio autónomo ni en las reglas redactadas, ni en su explicación. Este concepto, sin embargo, sorprendentemente va a aparecer en la legislación extraordinaria denominada como Código de Comercio en 1971, sin que de esta se haga explicación alguna.

1.6 Conclusiones del Capítulo

La introducción del negocio fiduciario en Colombia tuvo en sus inicios dos puntos comunes en su proceso de formación: de una parte, un trasplante o apropiación legal del derecho norteamericano, producto de las recomendaciones hechas por la Misión Kemmerer para fortalecer las instituciones monetarias y financieras del país, recomendaciones que fueron acogidas sin problema y como bloque, cuando los proyectos de ley se presentaron al Congreso nacional.

Las discusiones para efectos de la apropiación del negocio fueron más de orden económico y financiero que jurídico. Lo que se buscaba era flexibilizar los negocios y el esquema rígido de la propiedad fiduciaria civil contenido el Código Civil Colombiano. En consecuencia, el trasplante legal en materia de fiducia, contenido en la Ley 45 de 1923, consistente en la autorización de secciones fiduciarias de los bancos para la realización de un marco de negocios denominado como “encargo fiduciario”, fue un intento de incorporar el *trust* angloamericano en el país, lo cual implicó, en lo jurídico, la distinción entre los fideicomisos civiles derivados de la propiedad fiduciaria civil frente a los fideicomisos como contrato de orden financiero. El encargo de confianza conlleva la realización de un negocio de gestión en favor del usuario (fideicomitente), que tiene grandes similitudes con el contrato de mandato en la medida en que sus disposiciones refuerzan la teleología de la administración sin concentrar sus dispositivos a los temas patrimoniales y sus efectos.

La legislación de 1923, no hace referencia a la transferencia del dominio de los activos que se entregan en administración al fiduciario, y no contiene ninguna observación sobre la posibilidad de formación de algo parecido a los patrimonios autónomos de los que se trata en la legislación mercantil colombiana actual, por lo que la única particularidad, que resulta común en el manejo de recursos financieros de terceros, se encuentra en la prevención del artículo 109 de la ley, al exigir que los activos que se entregan en fideicomiso se deben mantener separados del activo propio del fiduciario.

En ese esquema, el negocio de la Ley 45 de 1923, es por encima de todo un negocio que refuerza la actividad de servicios por vía de la gestión bancaria sin hacer énfasis en los aspectos patrimoniales y en los asuntos propios de la estructura jurídica del negocio.

El segundo punto común se encuentra evidenciado en el hecho de que el trasplante legal no fue discutido en materia jurídica en profundidad en el país,

por lo que la adopción del régimen sobre establecimientos bancarios propuesta en el proyecto presentado por la Misión Kemmerer, se encontró con un ambiente de “fervor” nacional por la organización y cambio institucional en materia económica, financiera y de organización monetaria, sin que las discusiones sobre sus contenidos particulares como negocio jurídico se hubieran decantado en profundidad. Esto no fue así el caso de otros países, siendo el principal ejemplo el proceso de Panamá, cuyo proyecto de ley escrito por el profesor Alfaro, tuvo, antes de convertirse en legislación en el año 1924, discusiones sobre las dificultades que suponía la adopción del trasplante del *trust* angloamericano y la búsqueda de soluciones para la aplicación del mismo en contextos latinoamericanos.

Estas discusiones para el caso colombiano, que como se verá, van a ser un denominador común en los años siguientes, se trasladan a las soluciones que exigen los casos de uso práctico del contrato, por lo que no hay un elemento común y orientador de las respuestas por vía del debate y construcción de teoría, sino soluciones coyunturales frente a la contingencia.

La Comisión Revisora del Proyecto de Código de Comercio de 1958 trajo al país las mismas preocupaciones que Ricardo Alfaro tuvo frente a la incorporación del *trust* para Latinoamérica a partir de los años veinte del siglo pasado. Estas preocupaciones se concentraron en explicar el origen del *trust* anglosajón a partir del estudio de la formación de la *equity* frente a la rígida aplicación del *common law* en Inglaterra, y al reconocimiento por vía de la equidad de una forma especial propiedad en equidad, la *equity property*, que opera a la par de la propiedad legal en cabeza del fiduciario. Las dos formas de propiedad, propiedad legal y en equidad, que conviven en el derecho angloamericano y que explican el esquema funcional del *trust*, hacen que el trasplante no se pueda acoger en forma tranquila y que requiera un acomodamiento dentro del marco del concepto de derechos reales y de propiedad colombianos.

Por eso, la Comisión de 1958 se preocupa en la exposición de motivos del proyecto por explicar en forma pormenorizada, la importancia, el alcance y la adecuación del esquema anglosajón al modelo institucional colombiano resolviéndolo en tres puntos distintivos: (i) La propiedad formal de los bienes fideicomitidos la conserva el fiduciario, es decir, a la luz del *trust*; el propietario continúa siendo el *legal ownership*; (ii) El beneficiario, a diferencia del derecho inglés, no recibe *equity property*, por no ser compatible con el esquema de la propiedad derivada del derecho continental, pero sí recibe derechos eventuales que legitiman su accionar frente a la protección de los bienes de una manera similar a

la que tendría el propietario legal y, finalmente, (iii) La Comisión, explica que, en desarrollo de las ideas anteriores, el fiduciario como propietario legal tendría un “patrimonio relativamente autónomo”, para referirse a la separación de los activos fideicomitidos y a los derechos eventuales del beneficiario, principalmente, sin que se delinee o describa en la exposición de motivos o en las normas, algo similar o parecido, junto con sus efectos, a lo que hoy se denomina como patrimonio autónomo en el marco de los contratos de fiducia.

Los antecedentes analizados harían pensar en la incorporación de un instituto jurídico novedoso que requeriría criterios de interpretación más allá de los previstos en las reglas clásicas dispuestas en la legislación civil, de acuerdo con su estructura económica y jurídica.

La construcción legal de patrimonio autónomo en la fiducia, sus tensiones, los debates y construcciones aparecerán en los años siguientes a la promulgación del Código de Comercio colombiano de 1971, como se expondrá en los siguientes capítulos.

2.

LA FIDUCIA DESDE LA EXPEDICIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO DE 1971

2.1 Presentación

Como se ha mostrado en el capítulo primero, el esfuerzo intelectual de los juristas que abordaron el tema de la fiducia desde 1923 y hasta la expedición del Código de Comercio Colombiano de 1971, tuvo tres puntos centrales en la discusión: (i) la diferenciación entre el *trust* y el negocio de fideicomiso derivado de la propiedad fiduciaria civil, de corte civilista romana, debate que se evidencia en forma clara en los trabajos de la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Comercio de 1958; (ii) la distinción entre los esquemas de derecho dominio o propiedad propios del *trust* angloamericano, es decir, entre la propiedad legal y la propiedad en equidad, que para su adecuada comprensión requería el recorrido por el proceso de formación de la *equity* en Inglaterra; y, (iii) la forma de acoplar el esquema en el derecho colombiano, teniendo en cuenta que el concepto de propiedad del derecho civil no permite integrar las consideraciones angloamericanas sobre la propiedad legal en cabeza del fiduciario y la propiedad en equidad reconocida al *cestui que trust*.

En este punto resulta importante recalcar que el esfuerzo hecho frente a la comprensión del *trust* para efectos de su apropiación legal en Colombia se concentró en el tema de la propiedad sin que el concepto de patrimonio autónomo

se tratara en forma profunda, pues la solución dada por La Comisión de 1958, encontró como respuesta a las diferencias entre el modelo angloamericano del *trust* y el modelo colombiano, la posibilidad de otorgar por vía legal un conjunto de derechos similares a los que se coligen del derecho real de dominio para el beneficiario en el contrato de fiducia, de tal forma que esos derechos permitieran en casos específicos protegerse de malos manejos o de enajenaciones indebidas de los bienes fideicomitidos hechas por el fiduciario. Tan sólo en un aparte de la exposición de motivos La Comisión (1958, Vol. 2) sugiere la existencia de lo que denominó “patrimonio relativamente autónomo” (p. 295) para referirse al contenido de esos derechos, aun cuando regló en el proyecto la separación patrimonial de los activos frente al fiduciario y al fideicomitente.

El esfuerzo siguiente, diez años después, ante la ausencia de acogida por el Congreso del proyecto 1958, va a ser la revisión del proyecto y la adopción de un nuevo código de comercio producto de facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por el Congreso Nacional. En efecto, el artículo 20, numeral 15 de la Ley 16 de 1968, revistió al Presidente de facultades por el término de tres años, “Para que previa una revisión final hecha por una comisión de expertos en la materia, expida y ponga en vigencia, el proyecto de ley sobre Código de Comercio que se halla en la consideración del Congreso Nacional” (Diario Oficial No. 32.467, del 29 de marzo de 1968, Ley 16 de marzo 28 de 1968).

La Comisión se integró por los abogados y profesores Emilio Robledo Uribe, Hernando Tapias Rocha, José Ignacio Narváez, Gabriel Escobar Sanín, Samuel Filkelstein, Álvaro Pérez Vives. Esta Comisión presenta un proyecto en 1970, que se alejaba del proyecto del 58. “Aquel, que puede llamarse proyecto de 1970, fue objeto de estudio por distintas agremiaciones. Al finalizar el año de 1970, el gobierno adicionó con nuevos miembros la comisión encargada del estudio del proyecto de Código de Comercio” (Madriñan, 1986, p. 24). Los nuevos integrantes serán José Gabino Pinzón, León Posse Arboleda, Luis Carlos Neira Archila y Humberto Mesa. El agotamiento del término de las facultades de la Comisión para la presentación del proyecto hizo que se presentara con inconsistencias por sus modificaciones y diversas orientaciones teóricas.

Finalmente, durante la administración de Pastrana Borrero se expide el Decreto 410 de 1971, contentivo del Código de Comercio colombiano⁴⁶. Hasta la fecha no se conocen las actas ni la versión del proyecto por lo que no se pueden consultar

46 La publicación se hizo en el Diario Oficial número 33.339 de 16 de junio de 1971.

éstas importantes fuentes de trabajo para la materia, siendo los únicos materiales disponibles, el mismo articulado del Código promulgado⁴⁷ y las fuentes inmediatas de la discusión, los conceptos de las autoridades administrativas, judiciales, así como los análisis de profesores y juristas sobre algunos de los temas relacionados con la fiducia en sus aspectos patrimoniales.

De esta manera, y con el fin de presentar elementos del debate y construcción teórica sobre el patrimonio autónomo en el negocio fiduciario, en este aparte se da cuenta de los principales aspectos del contrato de fiducia concentrando la atención en el objeto central de este trabajo: el patrimonio autónomo, con el fin de describir sus alcances y contenidos básicos y de formular los problemas centrales sobre su discusión a partir de la construcción conceptual que se hace desde la dogmática jurídica tradicional. La ruta crítica propuesta tiene como objetivos establecer categorías sobre el debate. Por esa razón, se revisan tres aspectos básicos: (1) la descripción del contrato de fiducia a partir de los elementos esenciales que lo estructuran, (2) el concepto de patrimonio autónomo y, (3) la problematización general a partir de las líneas que el derecho privado presenta, frente a dos discusiones que han causado tensión y revisiones sobre el tema, discusiones que serán objeto de detenido estudio en la construcción de la problemática y conceptualización inicial: (i) La posibilidad de revocación del contrato de fiducia por terceros y, (ii) el tratamiento de los patrimonios autónomos frente al derecho fiscal, en específico concentrando el estudio en el tratamiento que se da en la materia al impuesto sobre la renta y complementarios, en la medida en que la discusión inicia con la expedición misma del Código de Comercio de 1971 y solo hasta 1995 se ofrecieron soluciones acordes con el concepto de patrimonio autónomo contenido en la legislación y desarrollado por la doctrina.

47 Si bien la consulta del proyecto de 1958 cuenta con la extensa exposición de motivos y el proyecto mismo, no sucede así con el proyecto del nuevo Código de Comercio de 1971. Las actas de la Comisión nunca fueron dadas al público y se desconoce su ubicación. Nos parece oportuno seguir la indicación que hace Madrián de la Torre (1986), sobre la consulta de fuentes para la interpretación de los resultados legales, quien indica que “con las debidas reservas, pueden mencionarse los siguientes elementos de interpretación: a) El texto y la exposición de motivos del proyecto de 1958. b) El texto del proyecto de 1970 y las actas de la comisión revisora, hasta la fecha inéditas. c) La exposición de motivos al proyecto de los libros primero y segundo, del grupo de expertos que conformaron los doctores LEON POSSE ARBOLEDA, JOSÉ GABINO PINZÓN, LUIS CARLOS NEIRA y HUMBERTO MESA. d) El Proyecto Uniforme de Títulos-Valores para América Latina, del Instituto para la Integración de América Latina (INTAL). e) Las convenciones de Varsovia, Chicago y los pactos de La Habana y Guatemala, en los aspectos de comercio aeronáutico. f) El Código italiano de 1942 en los aspectos relacionados con obligaciones y contratos y el establecimiento de comercio. g) La legislación mexicana en materia bancaria. h) Las distintas convenciones universales, europeas y americanas sobre propiedad industrial” (p. 25 - 26).

2.2 La descripción legal del contrato de fiducia. Un punto de partida

La Comisión Revisora del proyecto de 1958 tuvo como preocupación central para el debate en torno al contrato de fiducia mercantil, la distinción frente a la esfera de la propiedad derivada del derecho angloamericano, con el fin de revisar las dificultades que representaba la adecuación de su estructura en el derecho colombiano. Con este fin construyó soluciones a través de derechos eventuales reconocidos al fideicomitente, que lo acercaran a la dimensión de lo que, para el *trust*, es la propiedad en equidad. Mantuvo entre sus reglas la transferencia de los bienes fideicomitados al fiduciario (*legal ownership*) y la obligación inherente a su gestión (hoy se denominaría “deber indelegable”), de mantener los bienes que se le hubieren fideicomitado separados de su activo, sin que en los contenidos del proyecto redactado se estableciera en forma directa la conformación de un patrimonio autónomo como parte estructural del diseño del contrato.

En la legislación resultado de los trabajos de la Comisión revisora de 1968, se evidencian cambios profundos en el diseño y la estructura del contrato a pesar de que se mantienen algunos de los dispositivos proyectados en 1958. Si se revisan los 19 artículos que ordenan la fiducia en el Decreto 410 de 1971 (1226 a 1244), la ordenación legal sobre el contrato de fiducia se podría esquematizar en cuatro grandes partes cuyos contenidos integradores serían: (i) la descripción del negocio y sus requisitos constitutivos mínimos; (ii) algunas reglas sobre la ejecución contractual o reglas para la administración del negocio fiduciario, de las cuales, dependiendo de los objetivos o cometidos buscados, como se explicará más adelante, se deducen algunas de las denominadas modalidades del contrato; (iii) reglas relativas al régimen patrimonial, es decir, reglas que si bien hacen parte de las obligaciones del fiduciario en relación con la administración de los bienes fideicomitados, delinean los marcos requeridos para el tratamiento que éste debe dar a los bienes que se han fideicomitado; finalmente, aparecen (iv) un conjunto de reglas que definen aquellas situaciones que conllevan la terminación del contrato para las partes.

Al analizar las reglas de la nueva codificación mercantil de 1971, lo primero que se observa dentro de la estructura del negocio, a la par con la transferencia del dominio de los bienes en la constitución formal del acuerdo fiduciario, es la conformación de un patrimonio autónomo. Este elemento aparece por primera vez en la legislación colombiana dispuesto en el artículo 1233 del Código de Comercio. La Comisión (1958, Vol. 2) tan solo lo mencionaba de manera pasajera y tangencial en la exposición de motivos para indicar que con el cumplimiento de

las reglas formales “se constituye un *patrimonio relativamente autónomo*” (cursiva nuestro) (p. 295).

Este concepto se desprende de cinco reglas contenidas en el proyecto de ley de 1958, reglas que enumera, pero que desafortunadamente no explica en la detallada exposición de motivos, son ellas: el hecho de la transferencia del dominio (artículo 1118); la irrevocabilidad del encargo y la prohibición general de renuncia por parte del fiduciario (artículo 1127); la exigencia de la separación de los activos fideicomitidos de los propios del fiduciario (artículo 1132); las reglas sobre persecución de bienes fideicomitidos y rentas por parte de los acreedores del fiduciante, fiduciario y fideicomisario (artículo 1136); y la posibilidad de persecución que tiene el beneficiario de los bienes dispuestos indebidamente por el fiduciario de manos de quien los tenga, o la exigibilidad de su pago (artículo 1137).

Al hacer comparaciones entre el proyecto de 1958 y la legislación de 1971 sobre este punto, se encuentra que algunas de estas reglas permanecieron prácticamente iguales, razón por la cual, a la luz de la legislación vigente, queda una serie de preguntas aún abiertas: ¿Por qué la Comisión de 1958 describió los efectos patrimoniales como un “patrimonio relativamente autónomo”? ¿Los patrimonios autónomos como universalidades requieren para su reconocimiento por el derecho de una especial consagración legal, o basta con que sus cualidades aparezcan en un convenio particular para que se les dé tal denominación y se apliquen sus efectos? Siendo aún más meticulosos, se podría preguntar ¿el hecho de que se les denomine por la ley como patrimonios autónomos es suficiente para dar cabida a una serie de efectos particulares? ¿Es el concepto de patrimonio autónomo el remplazo de la propiedad en equidad propia del *trust*, que tanto preocupó a los legisladores y profesores latinoamericanos de la primera mitad del siglo XX? Por último, si lo que aparece en el proyecto de 1958 como patrimonio relativamente autónomo cuenta con los mismos efectos del patrimonio autónomo de la legislación de 1971, ¿por qué no lo denominó así desde el inicio?

Además de las anteriores preguntas, queda latente el hecho de que la legislación bancaria sobre las secciones fiduciarias de los bancos y los encargos de confianza contenidas en la Ley 45 de 1923 no se derogó ni modificó con la entrada en vigencia del Decreto 410 de 1971, y, además, se mantuvo incólume el articulado de la propiedad fiduciaria civil en el Código Civil colombiano.

En este debate debe observarse, también, que si bien aquí se han hecho distinciones y observaciones sobre la incorporación del *trust* en el derecho

colombiano desde 1923 y se discutió sobre los efectos específicos de las dos formas de propiedad derivadas del mismo y su adecuación al entorno, salvo la mención, por una sola vez, en la exposición de motivos presentada en 1958, el término patrimonio autónomo en la fiducia solo viene a ser considerado en Colombia con la entrada en vigencia del nuevo Código de Comercio de 1971. Por lo que desde el punto de vista operativo para las secciones fiduciarias de los bancos y para las Sociedades Fiduciarias autorizadas, suponía, de entrada, un esfuerzo interpretativo importante en aras no sólo de comprender en forma adecuada la figura trasplantada y adecuada al derecho nacional, sino de poder prestar el servicio con la corrección debida. Estos contextos de trasplante y adecuación normativa suponen no sólo unos intereses particulares de los juristas y empresarios de la época por el cambio y aparición de nuevas reglas de juego sino, también, en un ambiente en el que las condiciones no son estables (North, 2006), representan el esfuerzo por delinear nuevas reglas de juego frente al nuevo esquema de negocios y entablar a su vez la interpretación y adecuación y, por lo tanto, también los alcances de sus contenidos normativos⁴⁸.

Detrás de toda la discusión jurídica sobre el contrato de fiducia mercantil y sus efectos patrimoniales, existe otro elemento que no debe perderse de vista y que hace parte del debate que aparece junto con los procesos de ajuste profundos en su comprensión e interpretación: desde 1923 hasta 1971, el derecho colombiano

48 Entre los conceptos que desarrolla North (2006) para las ampliar los marcos de la teoría social, considera que: "El propósito de las reglas es definir la forma en que el juego se desarrollará. Pero el objetivo del equipo dentro del conjunto de reglas es ganar el juego a través de una combinación de aptitudes, estrategias y coordinación; mediante intervenciones limpias y a veces sucias." (p. 15). Para North las instituciones, consideradas como reglas de juego, eliminan la incertidumbre y por ello permiten definir y delimitar las decisiones de los individuos, bien sean reglas de orden formal, como las jurídicas o de carácter informal como las prácticas sociales sobre el comportamiento en determinados lugares o en una asociación. Estas reglas constituyen un marco para la acción e interpretación y dependen de su obligatoriedad y eficacia, así como de la "indole del juego" (p. 15). En ese sentido, se considera que la revisión dogmática del derecho, puede también acompañarse de otros instrumentos para su interpretación con el fin, no de dar una mirada al derecho desde otras disciplinas, como la economía, la sociología o la filosofía, entre otras, sino con el fin de ampliar los campos de acción de la dogmática jurídica, por esta razón se pueden construir nuevas rutas, como las cartografías que propone Serres (1995) en su Atlas, en donde se pregunta: "(...) ¿cómo encontrar puntos de referencia en el mundo, global, que se está alzando y parece sustituir al antiguo, bien clasificado en espacios diversos? El propio espacio cambia y exige otros mapamundis" (Serres, 1995, p. 12). Coincidiendo a su vez con los esfuerzos de Santos, M. (2000), por revisar la interpretación social desde una nueva visión de la geografía, que permitiría, por ejemplo, ampliar las rutas para la argumentación jurídica local frente a las problemáticas contemporáneas de orden global (Santos, 2004). El derecho privado colombiano ha entrado, a partir de la expedición de la Constitución de 1991 en un proceso que se ha denominado "constitucionalización del derecho privado" para explicar cómo los principios y mandatos constitucionales permean todo el sistema jurídico sin excepción, y que, si bien la protección a la propiedad privada y a la libertad de empresa comandan la acción de actividad privada ésta se encuentra sujeta al panorama constitucional, sin excepción. Este punto de referencia conlleva a una serie de preguntas sobre los marcos teóricos que sustentan el derecho privado y por lo tanto requieren de una cartografía que revise cuáles han sido sus procesos, sus protagonistas y sus objetivos para adaptarlos a un discurso que no se fundamente exclusivamente en la protección de los intereses privados y que resuelva las tensiones que se presentan frente a otras áreas del derecho. Pude verse también sobre el tema el trabajo de Garfield, S. (2012). Un esfuerzo muy interesante sobre este tema, abordado desde la historia y la filosofía es la compilación de ensayos de Vidal López, R. & Sánchez Mejía, A. (2010).

giró alrededor del concepto de persona, cuyos elementos distintivos se encuentran perfilados a partir de los atributos de la personalidad, en los que se enlistaba el patrimonio. La concepción tradicional desde el derecho de personas y de los bienes, ha considerado, como se explicó en el capítulo anterior, que la persona tiene como un atributo inherente el patrimonio, por lo que, en consecuencia, toda persona debe tener un patrimonio y no puede haber patrimonio sin persona. Solo en circunstancias excepcionales se reconoció la existencia de patrimonios autónomos como universalidades jurídicas, encontrándose como denominador común, la realización de una serie de derechos o la efectividad de un procedimiento, como sucede con el procedimiento sucesoral, la herencia yacente, la protección de los bienes del que está por nacer, la masa de bienes del quebrado, entre otros casos, casi siempre relacionados en el tema procesal, como se estudiará en el capítulo cuarto, frente a la capacidad para ser parte en un trámite o procedimiento. De esta manera, reconocer abiertamente la existencia de patrimonios autónomos dentro de la estructura de un contrato como el de fiducia, supone un cambio profundo en la concepción y teleología misma del derecho colombiano, pues es dar paso a que masas de bienes puedan existir para la realización de derechos o para su cumplimiento, es decir, para “contratar”, para “limitar” responsabilidades personales, para “ampliar inversiones y dar seguridades sobre las mismas” desde la órbita de las cosas, y ese profundo y significativo cambio no es otro que el fortalecimiento del capitalismo a través de las reglas del mercado⁴⁹.

Las nuevas reglas establecen que los bienes fideicomitidos para la administración fiduciaria encomendada se transfieren al fiduciario (artículo 1226)⁵⁰, y que de esa transmisión se forma “...un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo” (artículo 1233).

49 El reconocimiento de los patrimonios autónomos como universalidades jurídicas a partir de las cuales se pueden ejercer derechos o cumplir obligaciones, frente al esquema tradicional de la personalidad permite a su vez interrogarse desde otras áreas del derecho sobre temas tales como ¿qué otros sujetos se encuentran legitimados para el ejercicio de sus derechos? (por vía activa o pasiva), por ejemplo, en el campo del derecho ambiental, ¿puede ser sujeto de reconocimiento un entorno particular, como es el caso de los páramos, de una especie animal, es decir, tiene derecho al reconocimiento y por lo tanto a la aplicación de derechos, el medio ambiente? ¿Son sujetos de derechos solo las personas y los patrimonios de afectación, como los autónomos, o existen más sujetos de derecho que deban ser reconocidos? ¿Quiénes, como sujetos, pueden ser objeto de representación? Se puede leer sobre el particular el trabajo de GONZALEZ (2013). “El problema de los páramos y la explotación aurífera. El caso del Páramo de Santurbán”. Resulta un avance sobre la materia la decisión de la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, T-622 de 10 de noviembre de 2016, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, pues reconoce “al río Atrato, su cuenca y afluentes **como una entidad sujeto de derechos** a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas”.

50 La descripción legal del negocio fiduciario dispone que “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” (artículo 1226)

Un ejemplo sencillo de la operación fiduciaria mercantil sería el siguiente: una persona natural decide entregar un inmueble para su administración y conservación, para tal fin acude a una sociedad fiduciaria, sociedad que, en el acuerdo, se obliga a administrar el edificio a través del arrendamiento de sus instalaciones con el fin de recibir las rentas, mantener la estabilidad del inmueble y entregar sus rendimientos, descontado los costos operativos, al beneficiario o fideicomisario. La persona natural sería el fideicomitente o constituyente del contrato de fiducia; la sociedad fiduciaria sería el administrador o fiduciario quien se encarga de adelantar el cometido de según lo definido en el acuerdo, que quedará consignado en el acto constitutivo y cuya prueba será el documento contractual. Las rentas o beneficios percibidos o determinados, serán entregados al fideicomisario, que podrá ser el constituyente o un tercero al que éste designe. Para tal efecto, con el bien inmueble que se transfiere, y sobre el cual recae la administración en este caso, se conformará un patrimonio autónomo, para lo cual ha de observarse la adecuada constitución formal del negocio de acuerdo con las exigencias previstas para el efecto en la ley⁵¹.

A partir de este sencillo ejemplo se pueden colegir dos aspectos descriptivos del negocio: las partes que lo integran y los elementos que reconocen su finalidad específica o elementos esenciales del contrato, que marcan los linderos frente a otros negocios similares en donde la gestión personal y la administración aparecen bien sea de manera general o especializada. Acerca del primer aspecto, todo contrato de fiducia se encuentra integrado por tres partes: (i) el fideicomitente, fiduciante o constituyente del negocio, persona natural o jurídica, o patrimonio autónomo⁵², quien transfiere un bien o conjunto de bienes al administrador fiduciario; (ii) el fiduciario, gestor profesional en la materia, comerciante, que en Colombia es una sociedad anónima debidamente constituida y autorizada para realizar este tipo

51 Una interesante discusión sobre la formación del contrato puede verse en Cárdenas (2014) pues considera que existen dos tendencias, si el contrato es real o es consensual, tendencias que considera no resueltas por la ley y la jurisprudencia, sobre la que concluye que “El patrimonio autónomo surge desde que se celebra el contrato de fiducia, incluso si no se han transferido bienes a la fiduciaria, de la misma forma que toda persona tiene un patrimonio aún antes de haber adquirido cualquier bien” (p. 32 - 33). Postura debatible teniendo en cuenta los efectos mismos de las reglas establecidas por el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, sobre la forma del contrato, que establecen una serie de situaciones en la que se revisa la clase de bienes que se transfieren, sujetando la formación misma del contrato a las reglas necesarias para que se verifique la tradición del bien. Al parecer, la ley busca asegurar que el negocio esté sujeto para su eficacia a la verificación plena de la tradición de los bienes que se fideicomiten. Sobre este particular parece mejor considerar no el criterio de que el patrimonio es inherente a la personalidad, pues aquí no se trata de la afectación de un patrimonio a una persona, sino, mejor, de la afectación de un patrimonio a un fin, que es la administración o cometido encomendado, y por ello la existencia del patrimonio ha de ser concomitante a su tradición formal según la exigencia legal que cada uno de los bienes tenga para la realización de la misma.

52 Como se estudiará en el último capítulo, en Colombia, la posibilidad de que el fiduciante en un negocio fiduciario sea un patrimonio autónomo es parte natural de la estructura contractual siempre que en el acto constitutivo aparezca indicada o autorizada, sin embargo, desde la óptica puramente legal, dicha autorización se encuentra prevista por la Ley 1116 de 2006.

de contratos.⁵³ El fiduciario debe actuar adelantando la administración conforme las indicaciones descritas en el acto constitutivo del negocio; y, (iii) el beneficiario o fideicomisario, quien es el llamado a percibir las rentas o utilidades de acuerdo a lo previsto en el acto constitutivo y que puede estar integrado por el mismo fideicomitente, y/o terceros que este designe.

En relación con los elementos esenciales que describen la estructura mínima básica del negocio, la doctrina suele reconocer tres elementos que definen la causa objetiva⁵⁴:

- i. Un elemento personal, que atiende a las calidades del administrador fiduciario. Ha dicho la Corte Constitucional sobre el particular, al revisar el tema en Sentencia de Constitucionalidad⁵⁵ sobre la fiducia pública reglada en la Ley 80 de 1993, que:

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

53 Por normas de intervención estatal en el sector financiero, la actividad fiduciaria mercantil solo podrá ser realizada por sociedades fiduciarias constituidas como sociedad anónima, que cumplan con los requisitos legales exigidos para la adecuada prestación del servicio fiduciario según el Estatuto Orgánico del Sistema financiero, Decreto 663 de 1993 (en adelante E. O. S. F.) y que obtengan el certificado de funcionamiento que otorga la Superintendencia Financiera de Colombia. Desde la expedición de la Ley 45 de 1990 el marco funcional del servicio financiero de fiducia cambió, especializando su prestación en forma exclusiva para las Sociedades Fiduciarias. Como se explicará adelante, desde que se regló la actividad bancaria con la Ley 45 de 1923, los bancos contaban con una sección fiduciaria y a partir de la expedición del Código de Comercio colombiano en 1971, la actividad era compartida por Sociedades Fiduciarias y Bancos. En 1990 se revisó la estructura del sistema financiero y desde el marco de supervisión se consideró adecuado especializar el servicio prohibiendo su gestión contractual bancaria para dejarlo exclusiva para las sociedades.

54 De acuerdo con los lineamientos de la autonomía privada descritos por Betti (2000, P. 151-189), los negocios jurídicos tienen una forma y un contenido íntimamente ligado con su función (que responde a la pregunta de: para qué sirve el negocio jurídico), por lo tanto la estructura del negocio, o lo que algunos juristas denominan “naturaleza jurídica” del mismo (Ver, Prieto (2005) sobre la naturaleza jurídica y sus discusiones), en sus contenidos, depende de su función económica y social, y esta consideración es de orden objetivo, lo cual quiere decir que dentro del marco de un contrato, lo que determina su estructura y con ello sus elementos esenciales es su función, que no varía por el querer de las partes, es decir, por aspectos subjetivos, por eso, el término causa objetiva del negocio se refiere a la función económica y social del mismo y supone la determinación de sus caracteres básicos, que no dependen del querer vinculante de quienes suscriben el acuerdo. También puede ser consultado sobre el concepto de causa en sentido objetivo, el trabajo de Bohórquez (1998, p. 122), en el que acepta el concepto de causa como función económica y social del negocio, indicando que es un criterio que responde a una finalidad común que mira a todos los negocios de la misma especie y que a su vez evita las inconsistencias de posturas subjetivas que miran un móvil individual frente a la contratación.

55 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-086 de 1995. Fecha de Expedición: 01/03/1995. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Medio de Publicación: Gaceta de la Corte Constitucional. Enlace web: <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/1995/C-086-95.htm>

una finalidad determinada, de cuyos frutos se beneficiará el mismo constituyente o un tercero. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-086 de 1995).

En este sentido, el fiduciario será un sujeto calificado financiero, pues no solo se requiere que esa administración especializada se encuentre revestida de las calidades profesionales del comerciante, sino que, además, cumpla con las reglas exigidas por la autoridad de intervención para acceder y operar en el mercado.

- ii. Un elemento teleológico, referente a la finalidad específica que debe buscar con su administración el fiduciario y que queda definida en el acto constitutivo. Este elemento determina los alcances de la gestión fiduciaria y por lo tanto la responsabilidad que asume el fiduciario en su administración. Sobre este aspecto debe indicarse que dos son los contenidos mínimos a tenerse en cuenta: a) de una parte el hecho propio del acuerdo entre fideicomitente y fiduciario sobre la gestión que se encomienda y, b) una serie de deberes indelegables propios de la gestión que se adelanta, deberes que ha definido el legislador y que, siendo indelegables, no resultan renunciables por el administrador especializado en fiducia. Estos deberes se encuentran determinados en el artículo 1234 del Decreto 410 de 1971.

De esta concepción sobre fines y cometidos del negocio se coligen a su vez dos postulados básicos: (i) la idea por la cual el negocio fiduciario es un negocio de administración general, por lo que pueden articularse cualquier tipo de administración de negocios a través del contrato de fiducia. Sin embargo, a pesar de esa permisión general, en Colombia, a partir de los negocios fiduciarios de frecuente celebración o de especial cuidado por la naturaleza de los bienes administrados o de sus beneficiarios, se han propuesto modalidades de negocios fiduciarios por vía de la regulación económica y en particular por el afán de supervisión de la Superintendencia del sector (hoy Superintendencia Financiera), por lo cual se suelen mencionar moldes contractuales tales como la fiducia de administración sobre negocios y bienes, la fiducia de administración de dinero (antes denominadas como fondos de inversión en sus diversas modalidades), las fiducias de garantía y flujos de pago, las fiducias de administración de proyectos inmobiliarios de construcción, entre otras. El segundo postulado (ii) se encuentra referido al tema de la responsabilidad, por el cual, tanto en lo legal, como en lo

jurisprudencial y doctrinal⁵⁶, la responsabilidad del fiduciario se enmarca dentro de la órbita de la responsabilidad por la realización de obligaciones de medios, excluyendo, las obligaciones por resultados como elemento definitorio para la revisión de la gestión cumplida.

- iii. El tercer elemento se refiere a la transferencia del dominio de bienes, que para este trabajo se denominará elemento patrimonial, elemento por el cual, encontrándose debidamente constituido el contrato de fiducia, y por lo tanto, habiendo transferido los bienes que se entregan en administración fiduciaria, se conforma un patrimonio autónomo afecto a los fines determinados en el contrato, elemento que aquí se ha denominado como elemento teleológico, dentro del marco de la estructura negocial. Un punto central a tener en cuenta para la adecuada comprensión del elemento patrimonial es que su verificación supone varias etapas dentro del proceso contractual que no deben descuidarse.

Si se revisaran las etapas de la formación contractual, descomponiendo su proceso para efectos expositivos, podrían encontrarse tres momentos: a) un primer momento, precontractual, en el que las futuras partes del contrato (normalmente fiduciante y fiduciario) discuten los contenidos básicos de lo que será el documento en el cual consten los acuerdos sobre la teleología contractual, el alcance mismo de la administración de los bienes que integran el negocio, que, entre más complejo sea, más definidas se encontrarán en el mismo; b) en un segundo momento se verificarían las formas constitutivas del negocio, que variarían dependiendo del tipo de bienes que se vayan a transferir, para lo cual y con fines explicativos, como ejemplo, piénsese en la entrega de un inmueble para su administración a título de fiducia. En este caso, no sólo se requerirá de escritura pública, sino del registro en la oficina de instrumentos públicos respectiva, para efectos de la tradición efectiva del dominio sobre el bien⁵⁷. Luego, esta etapa requiere, por la estructura legal prevista en Colombia, de la verificación de un doble contenido formal: la escrituración pública y el correspondiente registro para efectos de realizar la tradición del dominio sobre el bien, teniendo en cuenta que la descripción del negocio de fiducia mercantil indica que se “transfiere uno o más bienes especificados” (artículo 1226 del Código de Comercio colombiano) y que en Colombia, la transferencia del dominio de un bien

56 Sobre el particular pueden revisarse los trabajos de Rengifo (1998, p. 169 y siguientes) y Tamayo (1990, p. 23 y siguientes).

57 La legislación civil colombiana exige que la tradición del dominio de los bienes inmuebles se realice “...por la inscripción del título en la oficina de instrumentos públicos” artículo 756 del Código Civil colombiano.

inmueble solo se verifica por el registro del negocio causal o título en el libro y folio correspondiente que para el efecto lleva la oficina de registro de instrumentos públicos. La Ley 35 de 1993, en su artículo 16, y el artículo 1 del Decreto Reglamentario 847 de 1993, (hoy derogado por el Decreto 2555 de 2010, numeral 12.2.1.1.4, que lo transcribe integralmente), así lo disponen haciendo alusión a la naturaleza de los bienes trasferidos, con el fin de lograr la efectiva tradición del dominio sobre los mismos.

La razón para la existencia de la exigencia reglamentaria sobre las formas constitutivas del negocio fiduciario mercantil, se encuentra en la búsqueda por lograr que los cometidos encomendados en el acto constitutivo contentivo de los fines de la administración, se realicen y verifiquen plenamente, sin embargo, el punto principal de la exigencia descrita, tercer momento en la etiología identificada para la formación del contrato, esto es, el cumplimiento de los requisitos formales, conlleva la transferencia del dominio y, en consecuencia, c) deviene la formación de un patrimonio autónomo que estará “afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo” como lo establece el artículo 1233 del Código de Comercio⁵⁸.

2.3 El patrimonio autónomo en el contrato de fiducia

A pesar de la ausencia de una definición legal sobre lo que es el patrimonio autónomo en el negocio fiduciario, las reglas sobre fiducia mercantil pueden

58 Se transcriben las normas citadas para evidenciar las dificultades técnicas de su redacción y comprensión al tratar de fijar reglas claras sobre la formación del negocio fiduciario y sobre la formación misma del patrimonio autónomo. Las normas son las siguientes:

ARTÍCULO 16. CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL. Las sociedades fiduciarias podrán celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para tal efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional.

Los contratos que consten en documento privado y que correspondan a bienes cuya transferencia esté sujeta a registro deberán inscribirse en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley.

PARÁGRAFO. Los contratos de inversión en fondos comunes son consensuales, pero deberá quedar constancia de la adhesión del fideicomitente o fiduciante al reglamento del fondo respectivo aprobado por la Superintendencia Bancaria.

La segunda disposición es la del Decreto 847 de 1993, hoy derogado por el Decreto 2555 de 2010, numeral 12.2.1.1.4 que lo transcribe en forma integral:

Los contratos de la fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitados sean exclusivamente bienes muebles.

De conformidad con el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, si la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados se halla sujeta a registro, el documento privado en que conste el contrato deberá registrarse en los términos y condiciones señalados en el precepto citado.

interpretarse acudiendo a la integración por inducción de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio con el fin de colegir una serie de efectos que establecen el alcance de la figura y con ello determinar sus contenidos mínimos⁵⁹. Al revisar el conjunto de disposiciones sobre el contrato de fiducia mercantil que hacen referencia a los efectos sobre los bienes fideicomitidos (que en este trabajo se denominan en adelante como “efectos patrimoniales”) se encuentra con el fin de su sistematización y análisis⁶⁰, lo siguiente:

La fiducia exige para su conformación la transferencia de bienes (en el extenso sentido de su acepción) con el fin de que el fiduciario los administre o los enajene según un cometido previsto en el acto constitutivo; la norma establece que la transferencia se hace al fiduciario. Sin embargo, como consecuencia de la transferencia nace un deber indelegable para el fiduciario por el cual éste debe mantener los bienes fideicomitidos separados de los suyos como persona jurídica y de los bienes que integren otros fideicomisos (artículo 1234 No. 2)⁶¹. El artículo 1233 además de reiterar la separación de los activos ya mencionada, agrega que los bienes transferidos en fiducia forman un “patrimonio autónomo” y que ese patrimonio autónomo estará “...afecto a la finalidad contemplada el acto constitutivo” y que por ello “...solo garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida” (artículo 1227); además, se dispone que los bienes fideicomitidos no serán parte de la “prenda o garantía general de los acreedores del fiduciario”, que los acreedores del constituyente no podrán perseguir los bienes entregados a título de fiducia por éste, y que los acreedores de los beneficiarios designados en el contrato no podrán perseguir los bienes fideicomitidos, pues sólo podrán exigir las rentas o beneficios que perciban por los resultados del contrato (artículo 1238), con una importante excepción que se ha denominada por la doctrina “acción revocatoria fiduciaria”, acción que se estudiará en otro aparte de este capítulo. Finalmente, el dispositivo establece que, salvo acuerdo en contrario, al terminar el contrato de fiducia, los bienes

59 Los profesores Giraldo y Giraldo López (1999) al explicar el método sistemático clasifican la integración por inducción como aquella que “...se realiza cuando el intérprete, con base en las distintas normas que se refieren a un fenómeno jurídico determina las características de éste.” (p. 199). En el presente caso, el legislador mercantil solo hace referencia al patrimonio autónomo en un artículo (artículo 1233 del Código de Comercio) sin que se encuentren otras referencias directas al concepto, por lo que desde la sistemática ha de recurrirse en principio a la revisión de todas las normas que desde la fiducia regulen el tema.

60 Dos estudios pueden resaltarse como sobresalientes sobre el tema del patrimonio y de los patrimonios autónomos en particular, que han sido consultados en esta revisión: el trabajo de Bustamante (1979) en el que construye desde la dogmática jurídica la descripción de los distintos contextos jurídicos del patrimonio como concepto, entre ellos los patrimonios de afectación y los patrimonios autónomos y el trabajo de Rengifo (2011), en el que hace una revisión detallada del concepto civil de patrimonio frente a la alternativa realista, páginas 245-301.

61 En igual sentido el 1233 del C. de Co. C. establece que “Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.”

fideicomitidos “...pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos” (artículo 1243).

Con el fin de sistematizar adecuadamente el análisis presentado se volverán a tener en cuenta los tres momentos básicos que se categorizaron para efectos de la constitución y ejecución del contrato de fiducia. El primero, por el cual, hechos los acuerdos sobre la administración, se transfieren el bien o bienes al fiduciario. Este primer momento supone, como ya se explicó, que para que el contrato de fiducia sea eficaz plenamente se requiere de la transferencia del dominio del bien o bienes que se entregan. Esto quiere decir que el constituyente del negocio fiduciario enajena a título de fiducia mercantil el bien o bienes que entrega con el fin de lograr los objetivos previstos en el acto constitutivo o acuerdo fiduciario. De ahí la importancia de las reglas previstas en el artículo 16 de la Ley 35 de 1993 y del Decreto Reglamentario 847 de 1993, en el sentido de indicar que se requerirán para la formación del contrato de fiducia todas las formas que se exijan para la tradición del bien según la naturaleza. Esto hace que la tradición sea aquí un requisito formal de naturaleza constitutiva del contrato en la medida en que se deben observar no solo las reglas exigidas para el título, sino también las reglas exigidas para el modo, en este caso la tradición, de acuerdo con la clase de bien que se quiera fideicomitir.

Este primer aspecto trae como consecuencia el hecho de que la transferencia del dominio que se hace a título de fiducia mercantil altere la contabilidad del fiduciante, en la medida en que, desde la perspectiva de la técnica contable, el constituyente enajena bienes que conforman su activo, pero a su vez éste debe registrar por el mismo valor en su contabilidad derechos derivados de su postura contractual como fideicomitente, pues por el contrato adquiere, una vez verificadas las formas constitutivas, tal calidad frente al fiduciario. Esta circunstancia hace que no exista mengua en su patrimonio por el hecho de la constitución del contrato de fiducia y del fideicomiso, pues lo que hay es un reemplazo en la categoría de los activos. Por ejemplo, al entregar un inmueble a título de fiducia, verificada la tradición, se registrará en la contabilidad del constituyente la salida por el valor correspondiente de un activo inmobiliario y a su vez el ingreso de un activo denominado derechos fiduciarios o derechos como fideicomitente como cuenta por el mismo valor del activo enajenado.

Un segundo aspecto es el relativo a qué sucede una vez enajenado el bien, pues resulta claro que el título de enajenación ha sido el contrato de fiducia. Aquí, la pregunta que se busca resolver es la de quién es el titular del dominio sobre el

bien, desde el marco del derecho de los bienes en Colombia. La regla del Código de Comercio indica que el constituyente transfiere los bienes a “otro” (artículo 1226) denominado fiduciario, pero que ese fiduciario no puede mezclar sus activos como persona jurídica, con los activos fideicomitidos ni con otros fideicomisos que por desarrollo de la operación fiduciaria administre. Si bien el fiduciario es el operador natural del contrato de fiducia, esta operación en Colombia no lo autoriza a ser el titular del dominio, aspecto que opera por dos razones muy diferentes: (a) por la estructura misma del sistema jurídico frente al régimen de los bienes y, (b) para evitar conflictos de interés, dar protección patrimonial y, en consecuencia, evitar malas prácticas en la administración de los recursos entregados en fiducia.

Esto quiere decir que la enajenación que se efectúa por el fideicomitente supone la ejecución y realización, de unos objetivos básicos previstos en el acto constitutivo del negocio que delimita el alcance de la administración que debe adelantar el fiduciario pero que, a su vez, marca el punto de partida para los efectos patrimoniales. El legislador mercantil colombiano ha dispuesto en su concepción del negocio fiduciario, que el administrador no sea propietario de los bienes, pero que sus facultades dispositivas sobre los mismos, incluso en el evento en que la gestión suponga la enajenación de lo fideicomitado o de parte de él, estén plenamente incluidas en los acuerdos contractuales iniciales, convirtiendo al elemento teleológico en el aspecto central del negocio jurídico.

La separación de activos exigida al fiduciario se logra llevando contabilidad separada para cada fideicomiso, contabilidad que se concreta en cuentas de orden fiduciarias, según las normas que reglan la actividad contable en el país. En consecuencia, los bienes fideicomitidos no entran a formar parte de sus activos propios, y como lo indica el 1233 del C. de Co. C., formarán un “patrimonio autónomo” afecto a los cometidos dispuestos en el contrato. Esta es la razón que explica por qué los acreedores del fiduciario no pueden perseguir los bienes fideicomitidos, pues al no conformar parte de los activos de la sociedad fiduciaria que adelanta la gestión, no le son propios, siendo equivalentes a recursos de terceros frente a las obligaciones que se buscan pagar, bienes que al no hacer parte de su patrimonio como fiduciario no integran la garantía general con que cuentan sus acreedores.

En relación con el fideicomitente, la regla general es similar: ha enajenado los bienes a título de fiducia y, por lo tanto, ya no hacen parte de su patrimonio personal, razón por la cual sus acreedores tampoco podrán perseguir los bienes transferidos porque, al no ser suyos, no son garantía frente a éstos. Sin embargo, teniendo en cuenta que en el contrato se define lo que corresponda a los beneficiarios del mismo,

los resultados previstos del negocio de fiducia que conlleven entregas de recursos como rendimientos (incluso, de ser el caso, entrega de los bienes fideicomitidos), según lo previsto en el acuerdo, para los beneficiarios, si podrán ser perseguidos por sus acreedores, siendo la razón muy distinta en este caso, porque tales rentas entrarán a formar parte su patrimonio como fideicomisarios, lo que autoriza a solicitar la realización de la garantía general sobre los mismos para lograr el pago de las obligaciones debidas a terceros acreedores de éstos. Estas reglas descritas en el 1238 del C. de Co. C., junto con las relativas a la transferencia de los bienes por parte del constituyente del negocio al fiduciario, permiten establecer una serie de características descriptivas del patrimonio autónomo:

- i. El patrimonio autónomo nace como consecuencia de haber celebrado un contrato de fiducia con un sujeto calificado en la administración fiduciaria. En Colombia, sociedades fiduciarias debidamente constituidas y autorizadas para funcionar, contrato en el cual deberán aparecer, claramente determinados, los lineamientos de la administración (elemento teleológico).
- ii. El patrimonio autónomo está comprendido por aquellos bienes transferidos a título de fiducia, para lo cual se deben observar las reglas establecidas para la tradición de los mismos, de acuerdo con su clase.
- iii. El patrimonio autónomo no cuenta con una persona natural o jurídica como propietario. El constituyente ha enajenado los bienes que conforman el patrimonio autónomo y, por lo tanto, ya no hacen parte de su esfera jurídica patrimonial. La sociedad fiduciaria, como persona jurídica, no es titular de los derechos de propiedad sobre los mismos porque debe mantenerlos separados de su patrimonio como persona jurídica.
- iv. Los beneficiarios del contrato de fiducia no tienen ningún derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitidos, debido a que solo pueden ser fideicomisarios el mismo constituyente, que es, justamente, quien los ha enajenado inicialmente, o un tercero que designe el constituyente, por lo que el tercero no se encuentra vinculado al negocio más que por ésta calidad, de tal forma que los acreedores de los beneficiarios solo tendrán la posibilidad de perseguir aquellos bienes o rentas que por razón misma de lo previsto en el contrato de fiducia, se encuentren llamados a percibir.
- v. Solo es posible mantener la existencia del patrimonio autónomo en la medida en que los fines encomendados puedan realizarse o no se agoten. En el evento contrario, imposibilidad de ejecución de los fines para los que fue constituida la fiducia o agotamiento de los mismos, el patrimonio autónomo deberá ser liquidado.

En relación con el proyecto de la Comisión Revisora de 1958, la legislación de 1971 ofrece un nuevo panorama: La Comisión de 1958 se concentró en acomodar el tratamiento de la doble propiedad en el *trust* angloamericano a través de mantener, en el contrato de fiducia, la traslación del dominio en cabeza del fiduciario con la obligación de éste de mantener separado de su activo los bienes que hicieren parte de la administración fiduciaria, con esto, y de manera muy cercana al actual 1238 del C. de Co. C., cercaba la esfera de acción de los acreedores del fiduciario y del mismo fideicomitente dejando sólo el evento de la revocación de la fiducia como elemento para la reconstrucción del patrimonio del deudor que por su yerro ha comprometido su respuesta patrimonial, como se estudiará en el siguiente aparte.

En todo caso, la Comisión de 1958, no enfoca la discusión sobre la propiedad a la formación de un patrimonio autónomo a partir del cual derivar consecuencias específicas, sino que su respuesta legislativa se encamina a reconocer un derecho eventual del beneficiario para perseguir los bienes que han sido indebidamente dispuestos por el fiduciario y que por tanto dejan en riesgo la calidad de sus derechos como fideicomisario, como se observó en el capítulo anterior. Con esas características, y con el fin de solucionar lo que en el *trust* se denomina como propiedad en equidad o *equity property* sugiere su trato como “patrimonio relativamente autónomo” (Comisión Revisora del Código de Comercio, 1958, Vol. 2, p. 295).

Por el contrario, en la legislación de 1971, el panorama es bien diferente, porque el esfuerzo por interpretar los contenidos específicos del negocio fiduciario ha variado profundamente, aunque parezca sutil el cambio frente a las similitudes del contenido normativo reglado por las Comisiones del 58 y del 68, pues, de una parte la legislación actual se enfocó directamente, ya no en las exposiciones que motivaron la regla, como en 1958, sino al contenido del patrimonio autónomo, con el fin de aliviar diferencias institucionales con el *trust* angloamericano, sino para adentrarse en el sentido mismo de la administración fiduciaria como el ejercicio de una teleología provocada por una disposición contractual particular.

El constituyente del negocio define, junto con el fiduciario un sentido de la administración: administrar bienes para garantizar el cumplimiento de una obligación o su pago, para buscar rentas de los mismos, para realizar un proyecto de inversión, de construcción, para manejar flujos de caja, entre otras de las varias posibilidades que ofrece la fiducia como contrato, es decir, determinando el cometido o afectación misma a realizarse a través de la administración

especializada, con los bienes fideicomitidos, a través de la transferencia de los mismos, por lo que lo que se desvanece, acomodándose a nuestro entorno civilista, la doble concepción de la titularidad que se ofrece en el *trust*.

La nueva concepción de la fiducia se realiza también con la transferencia de la propiedad, pero no mantiene formalmente ni la *legal property* ni la *equity property* que caracterizan la relación comercial angloamericana. Por el contrario, se concentra en la teoría de los patrimonios de afectación a una finalidad con el objeto de desarrollar el negocio⁶². Por esta razón, el elemento teleológico consistente en la determinación de los contenidos propios del cometido de la administración se realiza con el fin de determinar los efectos mismos del contrato fiduciario. No se trata de una propiedad legal en cabeza del fiduciario, porque el fiduciario no es propietario de los bienes que se entregan en fiducia. Estos bienes forman un patrimonio autónomo y en aras de una adecuada y fiel administración, limada de conflictos de interés, deben mantenerse separados del activo del administrador. Si se quiere observar este evento desde una afirmación tajante, los bienes fideicomitidos no acrecientan el activo de la persona jurídica que obra como fiduciaria, son una masa de bienes sin propietario, pues su propietario inicial, el fideicomitente, los ha enajenado, los ha sacado de su esfera patrimonial y, por lo tanto, se ha convertido en un titular de derechos determinados por su calidad de fideicomitente y no como propietario de los mismos. En este caso, la fiduciaria, tampoco es propietaria, pues los bienes forman un patrimonio autónomo que no le pertenece.

Este efecto es fundamental en términos de la distinción que se ofrece, porque el fiduciario no es titular del dominio, aun cuando algunos le han denominado a esta situación propiedad instrumental, tratando de seguir las sutilezas del derecho angloamericano. Sin embargo, el alcance de la administración y protección sobre los bienes que ejerce el fiduciario, dispuesto en el contrato o en la ley, le permite obrar en administración como si lo fuera un propietario. Es por esta razón que la regulación comercial establece como deber indelegable el fiduciario que ha de “Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente”, así como

62 Sobre las diferentes teorías sobre el patrimonio puede consultarse el trabajo de Bustamante (1979) que agrupa las diferentes escuelas y su concepción sobre el patrimonio, si bien el estudio es descriptivo, permite agrupar las consideraciones básicas que han moldeado la dogmática tradicional sobre el tema. También es importante el estudio de Biondo Biondi (1961) que presenta los patrimonios de afectación como una forma de universalidad jurídica, cuya expresión más conocida son los patrimonios autónomos. Estas teorías permiten determinar que los patrimonios autónomos dependen de las características básicas de separación patrimonial por un elemento teleológico, sin requerir ficciones como la propiedad instrumental de las fiduciarias, y en todo caso, supondría que no requiere la expresión legal para su existencia, sino la verificación de sus notas distintivas.

en el ejercicio de la administración lograr los mayores rendimientos de lo cual se deriva que todo acto de disposición de los bienes será oneroso y tendrá fin de lucro (artículo 1234, numerales 4 y 6, respectivamente), sin contar, por supuesto, con otros parámetros de disposición sobre los bienes, que hayan sido definidos en el acuerdo contractual que define los cometidos que debe alcanzar el fiduciario⁶³.

En ese sentido, la legislación contemporánea sobre fiducia es aún más enfática⁶⁴. El artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de Julio 15 de 2010, reconoce las calidades derivadas para el fiduciario en desarrollo del contrato de fiducia al disponer que el patrimonio autónomo no es persona jurídica, pero son “receptores de los derechos y obligaciones legales” de los contratos que realice el fiduciario en desarrollo del cometido contractual, y agrega la norma, que el fiduciario en su calidad de “vocero y administrador del patrimonio autónomo” debe llevar a cabo todos los negocios que se requieran para alcanzar los fines del contrato, por lo cual “el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo”. De igual manera, el Código General del Proceso, confiere capacidad para ser parte a los patrimonios autónomos (artículo 53), asuntos que se estudiarán en último capítulo de este trabajo, pero que desde ya aparece como definitivo en torno al concepto descriptivo del patrimonio autónomo.

En relación con la propiedad en equidad que el *trust* contiene, el concepto de patrimonio autónomo tampoco lo permite, pues si bien el beneficiario del contrato de fiducia, sea el mismo constituyente o un tercero designado por éste, cuenta con una serie de derechos que le permiten exigir del fiduciario cuentas, impugnar actos o negocios buscando su nulidad con el fin de proteger los bienes fideicomitidos, solicitar la remoción del fiduciario, como también “Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución” que afecte a los bienes fideicomitidos cuando el fiduciario no lo haga en ejercicio de sus funciones (artículo 1235 del C. de C. Co.), el beneficiario no es propietario y sólo tiene derecho a percibir lo que del cometido de la administración se haya indicado por el fideicomitente al acordar los parámetros y alcances del encargo con el fiduciario. Es por esa razón que el artículo 1238 del C. de Co. dispone que los acreedores del beneficiario no pueden perseguir, en ejercicio de sus derechos, más que las rentas o rendimientos que se reporte de los bienes fideicomitidos, que es lo que, en principio está el fideicomisario llamado a percibir. Estos efectos que daban pie a lo que la Comisión (1958) denominaba como “patrimonio relativamente autónomo” (p. 295), son los

63 Resulta pertinente recordar que además existe la prohibición para el fiduciario, en ejercicio de su actividad contractual, determinar en las cláusulas del acuerdo la posibilidad de adquirir para sí el dominio de bienes que le hubieren sido transferidos a título de fiducia. (Ver artículo 1244 del C. de Co. C.).

64 Artículo 53, numeral segundo. Ley 1564 de julio 12 de 2012, Código General del Proceso.

que hoy, después de 1971, fortalecen los contenidos de los determinados en la legislación como “patrimonios autónomos”, que hacen tan especial el conjunto de disposiciones del contrato mercantil de fiducia y que son para la época en que se promulga una verdadera novedad en el derecho de los bienes colombiano.

2.4 Discusiones que permiten ampliar la comprensión de los contenidos del patrimonio autónomo en el contrato de fiducia

En este aparte se tratarán dos temas que guardan íntima relación con los contenidos propios del patrimonio autónomo en el negocio fiduciario. El primero se refiere a la posibilidad de revocar el contrato de fiducia con el fin de evitar que el constituyente no cumpla las obligaciones que tiene con sus acreedores como consecuencia de haber menguado su patrimonio por la celebración de un contrato de fiducia, al cual se han integrado bienes que antes estaban en su activo patrimonial. Esta acción reconocida en la legislación, permite delinear los efectos propios de masas de bienes afectas a una finalidad específica dando respuesta a la preocupación frecuente en el ámbito comercial consistente en definir si la constitución de un patrimonio autónomo permite disminuir el derecho que tienen los acreedores del constituyente frente al cobro de sus obligaciones impagas.

El segundo caso que ha ofrecido no sólo un debate en el ámbito académico, sino en el legislativo, se refiere al tema fiscal, también bajo consideraciones similares al anterior, se evidencia con la siguiente pregunta: ¿Puede a través del contrato de fiducia eludir el contribuyente que la constituye el pago de sus cargas fiscales?

Este tema se restringirá relativo a la obligación sobre el impuesto sobre la renta, ganancias ocasionales y complementarios, por ser el que más ha despertado la inquietud y el debate profesional, tanto de abogados como de contadores especialistas en el área, La discusión en materia fiscal supuso la consideración sobre la comprensión de lo que son los patrimonios autónomos y a partir del debate se fijaron criterios para la solución legislativa vigente.

2.4.1 La revocación del negocio fiduciario

Una de las preguntas que con más frecuencia se formula en torno al negocio fiduciario mercantil se refiere a la posibilidad de que el fideicomitente pueda valerse del contrato para efectos de alzarse en bienes frente a sus acreedores. Esto supone, en principio, que el proceso de formación contractual se ha surtido

cabalmente y, por lo tanto, el contrato de fiducia ha cumplido con todos los requisitos exigidos por la ley para su formación y sus contenidos se encuentran dispuestos en forma plena.

Tratándose de un contrato que conlleva la tradición por parte del constituyente de los bienes que se entregan en administración fiduciaria, resulta fácil suponer que un fideicomitente pudiera eludir el pago a sus acreedores utilizando el modelo contractual fiduciario para sustraer de su patrimonio activos que permitan realizar la garantía general de pago con que cuentan todos los acreedores.

En este punto debe indicarse que, si bien una de las hipótesis de trabajo, la más común, parte de suponer la intensión del fideicomitente de alzarse en bienes para eludir sus compromisos con acreedores, no debe olvidarse que, como resulta natural en el tema del concurso del fallido, no necesariamente ha de estar presente la intensión de insolventarse por parte del deudor, pues es también posible que el fallido haya realizado negocios jurídicos que afecten su patrimonio sin que hubiere buscado la insolvencia, y que el aleas, los malos negocios, los elementos que estructuran el riesgo de una empresa, resulten suficientes para que el deudor pierda la capacidad de respuesta frente al cumplimiento de sus obligaciones con terceros, sin que para ello medie la intención del alzamiento de bienes, el fraude, con la celebración de contratos simulados que revisten la máscara de la plena eficacia, pero cuyo fin último es salvar los recursos del fallido a través del ocultamiento de sus bienes más valiosos.

El propósito básico de esta revisión busca encontrar, a partir de los supuestos anteriores, nuevos elementos que delineen los contenidos y efectos que la legislación mercantil vigente da a los patrimonios autónomos en el negocio fiduciario, en la medida en que aquí, la pregunta no sólo gira en torno a si los efectos patrimoniales de la fiducia disminuyen las posibilidades del accionar de los acreedores para lograr el pago de sus obligaciones, sino que gira alrededor del uso de la revocación del contrato de fiducia y, por lo tanto, del sostenimiento o no, del patrimonio autónomo conformado por él.

Esta situación fáctica ha sido reglada en forma especial por la legislación mercantil colombiana en el artículo 1238 del Código de Comercio al disponer que: “Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo”, hipótesis también contenida en el proyecto de Código de Comercio de 1958 (Comisión Revisora del Código de Comercio, 1958, Vol. 1, p. 243).

La disposición regula dos temas distintos. El primero, relativo a los efectos propios de la constitución de un patrimonio autónomo, al ser celebrado un contrato de fiducia en debida forma. El segundo, relativo a la posibilidad de perseguir los bienes que han sido transferidos al fideicomiso cuando los acreedores del constituyente no han visto cumplidas las prestaciones debidas por este último.

El primer tema, el patrimonio autónomo y a sus efectos, parte del supuesto de que una vez se ha formado el contrato, los bienes han sido enajenados a título de fiducia y, por lo tanto, han salido de la esfera patrimonial del fideicomitente haciendo parte de un patrimonio autónomo que tutela la sociedad fiduciaria de acuerdo con el cometido o finalidad indicada en el contrato, este efecto contractual deviene de la traslación del dominio que se hace de los activos. Por esta razón, es que la constitución del negocio fiduciario requiere la verificación de las exigencias propias de la tradición de los bienes que se transfieren al fideicomiso⁶⁵.

La enajenación de los bienes a título de fiducia debe ser plena para que se forme el patrimonio autónomo, por lo cual se debe ir más allá de la formación del título contractual. Si los bienes no salen de la esfera patrimonial del constituyente o fideicomitente, los bienes seguirán siendo de su propiedad y, en consecuencia, podrán ser perseguidos por los acreedores de éste, habida cuenta de que son parte integral de su patrimonio y por ello prenda o garantía general de las obligaciones a su cargo.

Si bien, en una primera revisión, se podría entender que los bienes transferidos que pasan a integrar el fideicomiso al salir del control patrimonial del fideicomitente menguan su patrimonio, técnicamente no resulta preciso, pues lo que en realidad se presenta es un cambio en la naturaleza de los activos que lo integran. El constituyente enajena el bien a título de fiducia y el activo sale del patrimonio, pero a cambio éste ha de registrar en sus anotaciones contables, derechos fiduciarios por el mismo valor de los bienes enajenados. En otras palabras, ha adquirido derechos como fideicomitente que se reflejan en su sistema de registro contable y que evitan la disminución patrimonial⁶⁶. Es por esta razón que resulta

65 En ese sentido puede apreciarse el artículo 16 de la Ley 35 de 1993 y su decreto reglamentario, como ya se revisó atrás.

66 Esta visión del contenido patrimonial tiene un claro asidero económico, es decir, parte del supuesto de que el patrimonio solo ese encuentra conformado por derechos susceptibles de ser valorados en dinero. Es por ello que la concepción contable y fiscal conlleva la noción del cambio en la clase de activos que se registran y que integran el patrimonio. El bien que sale es reemplazado por el derecho fiduciario que ingresa a la contabilidad del enajenante. Esta explicación sugiere la influencia del derecho romano, en la que los bienes que se integran el patrimonio deben ser susceptibles, también, de apreciación pecuniaria, y de ser reemplazados unos por otros, a la manera de lo indicado posteriormente por los hermanos Mazeaud (1959, Vol.1, p. 427-453) acerca del patrimonio como universalidad jurídica, cuando explicaban que en el patrimonio existe la "subrogación automática" exponiendo que los bienes que integran los activos patrimoniales responden por los pasivos y que los activos que se enajenen siempre serán reemplazados por otros que ocuparán su lugar. Al respecto también puede consultarse a Peña (1995, p. 33-59).

trascendental que los acreedores tengan la posibilidad de revocar el patrimonio autónomo si encuentran disminuida la respuesta patrimonial del deudor frente al pago de sus acreencias, con prescindencia de si la insolvencia ha sido causada con intención o no de evadir el pago, al contratar la fiducia.

El segundo tema, relativo a la posibilidad de perseguir los bienes que han sido transferidos al fideicomiso cuando los acreedores del constituyente no han visto cumplidas las prestaciones debidas por éste, busca resolver la dificultad que se presenta ante la insolvencia que aparece por el hecho de la imposibilidad de pago con otros bienes del deudor. Aquí, el supuesto es sencillo y ya se ha enunciado: el deudor no ha pagado y ha constituido un negocio de fiducia por el cual ha enajenado bienes que se encuentran bajo la tutela de la sociedad fiduciaria integrando un patrimonio autónomo, bienes que ya no le pertenecen. Bajo ese supuesto aparece la posibilidad de la revocación del negocio fiduciario eficazmente constituido y la respuesta que se busca se halla en la necesidad de reconstruir el patrimonio del deudor – fideicomitente con el fin de satisfacer los intereses de sus acreedores.

La lectura general del 1238 del C. de Co. C. sugiere que, si bien cuando hay un contrato de fiducia los acreedores no pueden perseguir los bienes que ha enajenado el constituyente por haber salido de su entorno patrimonial, en todo caso se podrá revocar el negocio en forma excepcional, siempre que las acreencias sean anteriores a la constitución de la fiducia y por lo tanto a la formación del patrimonio autónomo. Esta particular protección al acreedor conlleva la reconstrucción patrimonial a través de la revocación del contrato de fiducia.

La pregunta que aparece tras esas sencillas y reiteradas afirmaciones no es otra que: ¿Basta, como lo establece la norma, con que las acreencias que se busca solucionar sean anteriores al contrato de fiducia para lograr exitosamente su revocación y con ello la reconstrucción del patrimonio del deudor o, en cambio, a más de la exigencia temporal, se requiere de demostrar otros elementos para lograr la revocación? Por esta razón, resulta necesario examinar la fórmula general de la revocación contractual: la denominada acción pauliana.

2.4.1.1 La acción pauliana en el derecho civil como antecedente de la revocación del negocio fiduciario

La respuesta natural frente a las prestaciones debidas ha de ser su pago oportuno, nada menos espera el acreedor frente al cumplimiento de lo acordado, sin embargo, la inejecución de la obligación por parte del deudor resulta una

frecuente fuente de preocupación académica y profesional. La regla general de protección a los acreedores se sustenta en que el patrimonio del deudor resulta fuente de garantía y pago de las prestaciones insolutas por el deudor o deudores incumplidos.

El patrimonio del deudor es prenda o garantía general de los acreedores, quienes, a través procedimientos de ejecución pueden denunciar los bienes que éste tenga y lograr su realización judicial para efectos de ver satisfechas las prestaciones debidas. Ese es el mandato civil enunciado en el artículo 2488 del Código Civil colombiano cuando establece que “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677”. Sin embargo, el deudor puede, previendo las eventuales acciones de sus acreedores, vulnerar la posibilidad del ejercicio pleno de las expectativas ejecutivas y de realización de su patrimonio realizando negocios jurídicos que, a pesar de estar revestidos de las formas y contenidos exigidos, transfieren a terceros sus derechos, logrando así alzarse en bienes para protegerse ante la acción judicial.

Si el deudor se insolventa a través de la celebración de otros negocios jurídicos, ¿cómo pueden los acreedores reconstruir el patrimonio del deudor con el fin de lograr el pago? Y, tratándose de negocios eficazmente realizados, ¿en qué casos y bajo qué condiciones se puede, exitosamente, revocar lo hecho por el deudor para evitar el cumplimiento?⁶⁷. Ese es el ámbito general de la acción pauliana y de las acciones revocatorias.

La acción pauliana es una acción pretoriana *in personam* y tiene por objetivo la revocación de los contratos que hubiere realizado el deudor en perjuicio de los acreedores. Explica Petit (1983) que “La acción pauliana se da a los acreedores para rescindir los actos que hubiese realizado fraudulentamente del deudor en su perjuicio...”, por lo que “(...) es preciso que se trate siempre de un acto por el cual el deudor haya disminuido su patrimonio” (p. 901). Esta situación supone

67 Una dificultad inicial del tema contractual aparece cuando se observa cómo los contratos celebrados para verificar el alzamiento de bienes han observado todas sus reglas de formación, tanto generales de los contratos como particulares, propias del tipo de negocio que se realiza. Ante ese hecho, el principio de la relatividad de los contratos podría llevar a sostener que el respeto al contrato celebrado entre particulares impide en principio su revocación. El profesor Escobar (1994) explica sobre el principio de relatividad que “La relatividad o “irrelevancia” de los contratos significa que los efectos de éstos no pueden traspasar la esfera jurídica de las partes contratantes, para que las obligaciones no se extiendan a terceros ni éstos se sientan autorizados para beneficiarse de sus ventajas” (p. 253). Por lo que, explica el autor, los terceros están obligados a respetar el contrato y “(...) en ese sentido es dado explicar que su existencia les es oponible con efectos “*erga omnes*”, (p. 254), siendo la acción pauliana, como los casos especiales de revocación, una excepción a este principio general.

que “El demandante debe demostrar que el acto atacado ha sido hecho en fraude a los acreedores, *fraudationes causa...*” para lo cual “No es necesario que el deudor haya tenido intención de lesionar a sus acreedores: es suficiente que haya tenido conciencia del perjuicio que les causa” (p, 902).

Para la demostración del fraude se requiere probar la existencia de dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo o intencional, respectivamente: el *eventus damni* y el *consilium fraudis*.

El elemento material o *eventus damni* hace referencia a que los negocios celebrados por el deudor hayan disminuido la respuesta patrimonial frente a las prestaciones debidas a los acreedores, esto quiere decir que se haya agotado o disminuido el patrimonio del deudor como consecuencia de la celebración de los negocios que se busca revocar. En segundo lugar y como corolario del anterior, estos contratos debieron ser celebrados con posterioridad a las obligaciones insolutas de los acreedores, que son la razón que justamente lleva a la búsqueda de la revocación. Si las condiciones patrimoniales del deudor son conocidas por sus acreedores al contratar, mal haría en revocar negocios que haya celebrado el deudor con anterioridad a éstas, porque los acreedores conocían su estado patrimonial, por lo que la acción pauliana resulta un remedio ante la insolvencia causada con posterioridad para evadir el pago.

El supuesto del *eventus damni*, también permite preguntarse acerca de ¿qué sucede si el deudor tiene otros bienes para que sean perseguidos por los acreedores distintos de los bienes que se han afectado por el contrato o contratos que se busca revocar? La respuesta en este caso aparece al considerar que la acción pauliana es un remedio para la insolvencia creada que impide el pago normal o con la realización de otros bienes que integran el patrimonio del deudor, por lo que esta medida excepcional no puede intentarse si el deudor tiene más bienes que conformen su patrimonio a través de los cuales pueda lograrse el pago.

De tal manera que podría indicarse que el elemento material supone que se ha causado daño con la insolvencia creada por el deudor al celebrar un contrato que conlleva el incumplimiento, es decir, que la causa de la revocación contractual se encuentra justamente en el hecho de que el impago se da como consecuencia del contrato celebrado, pues es por su celebración que el deudor ha menguado su patrimonio y ha imposibilitado el cobro y el pago efectivos o la realización judicial de sus bienes. Por eso, los contratos que se revocan han de ser posteriores a las prestaciones insolutas que se busca sean pagadas a los acreedores y que no

haya más bienes con los cuales realizar la garantía general de pago en razón de la disminución patrimonial.

Ospina (1983) denomina esta condición o elemento material como “daño al acreedor” (p. 533), y explica que el deudor debe encontrarse en insolvencia, pues lo contrario elimina el interés y con ello suprime la posibilidad de la acción, por lo que, insiste, el acreedor afectado debe probar que el negocio que busca revocar ha causado la insolvencia del deudor y que esa insolvencia es la causa de los impagos, razón por la cual el deudor puede presentar como excepción judicial la de discusión de bienes, es decir que, tanto el deudor como terceros involucrados, pueden contener la prosperidad de la acción pauliana demostrando, con la presentación de los documentos respectivos que así lo acrediten, que se cuenta con suficientes activos patrimoniales para responder por el pago de las obligaciones.

El segundo elemento denominado *consilium fraudis*, según Petit (1983) consiste en la prueba que debe presentar el acreedor de que se tuvo por el deudor la “(...) conciencia del perjuicio que les causa (...)” (p. 902) a los acreedores, que ha de ser apreciado al tiempo de la realización del negocio fraudulento (p. 901). Para lo cual ha de hacerse la distinción acerca de si el contrato fue oneroso o gratuito. Si fue onerosa la adquisición del bien o bienes “(...) solamente sucumbe si ha sido *consciuis fraudis*. La situación es la misma entre él y sus acreedores” (p. 902). Si el negocio de adquisición es gratuito no será necesaria tal demostración, pero si se ha obrado de buena fe “(...) se lo debe a cuenta de su enriquecimiento” (p. 902). Explica Ospina (1983) que “(...) el fraude pauliano es un concepto sui generis que consiste únicamente en el conocimiento que se tenga, y que el deudor debe tener, de mal estado de sus negocios, pese al cual celebra el acto que lo sitúa en la imposibilidad de pagar sus deudas” (p. 534). Por eso, en los negocios ha de demostrarse la connivencia en la celebración del acto que crea la insolvencia, mientras que en los negocios gratuitos solo se requiere la prueba del elemento objetivo o *eventus damni* con todas sus condiciones explicadas.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil de 1 de noviembre de 2013 (expediente 1994-26630-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez), se confirma y reitera la jurisprudencia que sobre la acción pauliana tiene el alto tribunal. En recuento que hace en la ponencia acogida acerca de la reiterada jurisprudencia que ha consolidado la línea de la Corte (revisa los fallos de 26 de agosto de 1938, de 15 de febrero de 1940, de 17 de abril de 1951, de 22 de agosto de 1967, de 14 de marzo de 1984, de 24 de julio de 2002 y 14 de marzo

de 2006) sobre la materia, se descubre el fundamento de la acción pauliana, en los principios de obligatoriedad de los contratos, responsabilidad patrimonial y buena fe.

Estos principios suponen la atención adecuada a la deuda y el cuidado prudente y equilibrado que debe dar el obligado por pasiva al manejo de su patrimonio para efectos de satisfacer el pago, anotando cómo el derecho de crédito no es absoluto y cómo la naturaleza de la acción de revocación es excepcional y restringida, pues ha de partir fundándose en un daño real, actual y cierto, que pone en duda las posibilidades de cumplimiento de la prestación debida, por lo que la disposición legal (artículo 2491 del Código Civil) tiene como presupuesto que:

(...) para el obligado está proscrita toda actuación, en la que, conociendo el mal estado de sus negocios, disponga de sus bienes y, como consecuencia, provoque una desproporción tal de su patrimonio, que implique que sus activos pasen a ser insuficientes para cubrir el pasivo que lo grava -estado de insolvencia-, comportamiento que por comprometer la garantía de sus acreedores, puede ser revisado judicialmente por petición de éstos para efectos de obtener la revocación del respectivo acto. (Sentencia de 1 de noviembre de 2013, Expediente 08001-1303-008-1994-26630-01).

La ponencia muestra como el fallo del 26 de agosto de 1938, determina que la acción supone la demostración del *eventus damni* y del *consilium fraudis* al que denomina como el “(...) entendimiento del deudor y el tercero con el fin de defraudar a los acreedores”, en donde “(...) el interés jurídico debe ser actual, o sea, que se debe tratar de un interés protegido por la ley, que es burlado o desconocido por la colusión entre el deudor y el tercero” (subrayado del original). Con lo cual se enfatiza en que el acreedor debe demostrar la existencia de su derecho de crédito, así como también que el acto celebrado por el deudor lo perjudica o le causa daño en la medida en que le impide el ejercicio de sus derechos a la obtención del pago, pues el deudor no cuenta con más bienes que integren su patrimonio.

De igual manera la sentencia resalta del fallo de 17 de abril de 1951, el hecho de que si el acto es oneroso debe haber complicidad del tercero y que, en consecuencia, el ejercicio de la acción pauliana supone que el negocio que se impugna ha convertido al deudor en insolvente o a aumentado dicha insolvencia a tal punto de no poder cumplir con sus obligaciones, y por lo que agrega:

De esto se desprende que los jueces deben rechazar la acción dirigida contra un acto del deudor, aunque lo haya realizado con intención fraudulenta, si se deduce de las circunstancias ampliamente apreciadas por el juzgador que tal acto no causa perjuicio alguno al acreedor. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 1 de noviembre de 2013, Expediente 08001-1303-008-1994-26630-01).

En sentencia de 22 de agosto de 1967 se explica que:

La acción equivale así a un proceso de reintegración del patrimonio del deudor, en favor de acreedores que éste tenía en el momento de realizar el acto que produjo su insolvencia o que contribuyó a aumentar la (sic) en que se encontraba. (Subrayado del original, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 1 de noviembre de 2013, Expediente 08001-1303-008-1994-26630-01).

Finalmente, es citada la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de 14 de marzo de 2006, en la que se expresa lo siguiente:

La prueba dirigida a ese propósito, entonces, por lo excepcional de la acción, según quedó dicho, debe ser contundente, porque al decir de la Corte, se trata de ‘una situación de espíritu: es el conocimiento por parte del deudor del perjuicio que va a causar a sus acreedores. El deudor sabe que al realizar tal acto, se va a convertir en insolvente o va a aumentar su insolvencia y, por consiguiente, a perjudicar a sus acreedores. Esto basta’ (G.J. LXIX, pág. 535).

“Aunque esa comprobación es suficiente cuando el acto por el cual el deudor desaparece sus activos es gratuito, exiguo resulta cuando es a título oneroso, porque en ese evento el acreedor también tiene que comprobar el ‘consilium fraudis’, es decir, la complicidad del tercero que contrató con el deudor, pues sólo en la medida en que aquél igualmente conozca el mal estado de los negocios de éste, queda expuesto a la acción del acreedor, como así lo consagra el precepto citado, diferencia de tratamiento que, desde luego no es casual, pues obedece a la disímil situación en que se encuentra el adquirente de buena o mala fe.” (Cursiva del original, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 1 de noviembre de 2013, Expediente 08001-1303-008-1994-26630-01).

En conclusión, la jurisprudencia ha seguido los lineamientos generales que desde el derecho romano se han formulado que podrían resumirse en los siguientes aspectos.

- La acción pauliana es excepcional y restringida, en la medida en que el principio de la relatividad de los contratos impone a los terceros el respeto a los negocios eficazmente celebrados por otros. Esto a su vez, supone que el deudor debe cuidar su patrimonio (responsabilidad patrimonial) y debe obrar de buena fe en el cumplimiento de sus prestaciones y en el ejercicio de sus actividades patrimoniales para no causar daño a terceros.
- La acción pauliana parte del supuesto de un interés jurídico del acreedor en protegerse del daño patrimonial que le causaría el deudor que se alza en bienes celebrando contratos que deterioran su condición patrimonial. Este daño debe ser real, actual y cierto y, por lo tanto, derivarse del acto que se impugna.
- Para la impugnación del negocio y su consiguiente revocación se requiere de la demostración del *eventus damni* y del *consilium fraudis*. El primero (elemento material) parte de la prueba de que el patrimonio del deudor se ha disminuido o menguado impidiendo el pago de las obligaciones contraídas por éste en favor del acreedor. Ese desequilibrio debe tener su causa justamente en el acto que se impugna y, por lo tanto, no debe haber la posibilidad de cobro a través de la realización de otros bienes con que cuente el deudor. Para que la impugnación prospere, el negocio que se revoca para reconstruir el patrimonio del deudor, ha de ser posterior en el tiempo a las obligaciones que el acreedor busca satisfacer. En relación con el elemento intencional o *consilium fraudis*, el acreedor debe demostrar que se tuvo la intención de insolventarse, es decir, basta con el querer la insolvencia para que el elemento fraude se entienda como demostrado, por lo que en los negocios onerosos se exige que aparezca la connivencia, el conocimiento del deudor y del tercero que contrata con él para que la acción prospere. Si el negocio es gratuito no es necesaria la demostración del elemento intencional, basta con probar el *eventus damni*.

2.4.1.2 La revocación del negocio en el contrato de fiducia mercantil y los límites del patrimonio autónomo

En el negocio fiduciario mercantil se deben observar dos aspectos que aquí se resaltan con el fin de una adecuada comprensión del tema a tratar. De una parte,

el contrato de fiducia supone un primer plano o nivel referido a su formación como contrato y a la verificación de los derechos personales que del mismo se derivan. En este plano se pueden encontrar asuntos como el proceso de formación contractual, los contenidos del acuerdo o acto constitutivo, la modalidad del negocio fiduciario y con ello, las reglas y compromisos que aparecen para las diferentes partes involucradas, tales como reglas para la administración fiduciaria que ha de seguir el fiduciario, los deberes y derechos de los fideicomitentes y los derechos que habrán de ejercer los beneficiarios designados, de acuerdo con lo establecido en el clausulado contractual.

En un segundo plano se encuentra el tema patrimonial, con dos grandes aristas que se derivan de las características⁶⁸ mismas del contrato como lo son, en primer lugar, el hecho de que a través del contrato de fiducia mercantil se busca la traslación del dominio de bienes o derechos, por lo que el constituyente enajena uno o más bienes para que la sociedad fiduciaria los administre según los cometidos indicados en el acto constitutivo. En segundo lugar, como consecuencia de la enajenación y del cumplimiento de los requisitos de formación contractual como la tradición de los activos que se enajenan, se forma un patrimonio autónomo y como tal, aparece el fideicomiso como universalidad jurídica de bienes y derechos que administra el fiduciario. Frente al contrato de fiducia con tan particulares efectos aparece la posibilidad de su revocación para la protección de los acreedores del constituyente.

El artículo 1238 del Código de Comercio en su primer inciso contiene la previsión de la revocación del contrato de fiducia con el fin de reconstruir el patrimonio del deudor fideicomitente, en favor de sus acreedores. La persecución de estos bienes, que ya no hacen parte de la garantía general de los acreedores por su enajenación a título de fiducia, supone la revocación del contrato y con ello el fin del patrimonio autónomo para reconstruir el patrimonio del deudor y lograr el pago. En este caso, sólo los acreedores anteriores a la constitución del fideicomiso pueden lograr el éxito en sus pretensiones.

Sobre los alcances de las previsiones de la norma, la Superintendencia Bancaria de Colombia, hoy Superintendencia Financiera (1996), inicialmente consideró que la revocación contractual permitida por el artículo 1238 del C. de Co. C. se podía buscar por vía ejecutiva, siempre y cuando la persecución de los bienes se

68 Estas características son la doctrina denominada propias de la naturaleza del contrato y que se refieren a la función económica y social del mismo y a sus elementos esenciales. Sin embargo, preferimos aquí llamarlas notas, o características estructurales del contrato, siguiendo las críticas que hace Prieto (2005, p. 249-261) sobre el concepto de naturaleza jurídica.

intentara por los acreedores anteriores a la celebración y formación del contrato de fiducia.

Como se explica en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia (1996), esa postura del año 92, determinaba que era viable la acción pauliana “(...) cuando el negocio fiduciario se haya celebrado en perjuicio de los acreedores (...) y medie mala fe de las partes, a lo que hace referencia el inciso 2° del artículo 1238” (p. 173). Ante las críticas el concepto fue revisado con posterioridad con el fin de precisar y corregir la interpretación de la autoridad administrativa, por lo que, en conjunto terminaron siendo evaluados los alcances sustanciales y procesales de la acción prevista por el legislador.

En la revisión, la Superintendencia Bancaria (1996, p. 173-176) explicó que solo es posible adelantar la acción si se trata de contratos de fiducia mercantil definidos en el artículo 1226 del C. de Co. C., es decir, aquellos que supongan la traslación de bienes y la formación de patrimonios autónomos, ante lo cual se pregunta por el sentido de la expresión “perseguir” usada en el texto normativo por lo que:

(...) se trata de acciones que miran al perjuicio de los acreedores del deudor – fideicomitente derivado de la celebración de un contrato fiducia mercantil, sin que para su ejercicio sea menester entrar a considerar circunstancias tales como el deseo de causar daño o la intención de maniobrar para perjudicar a los acreedores o, en fin, la mala fe que son requisitos indispensables para que se dé el fraude pauliano. (p. 174).

Por lo que el derecho de persecución tiene como fin no el pago, sino la reconstrucción del patrimonio del deudor que ha fideicomitado, para con ello conseguir el pago acudiendo a la vía judicial en ejercicio de la acción personal de revocación con el fin de permitir el ejercicio del derecho de contradicción, siendo un proceso de tipo ordinario y no un debate propio de un procedimiento ejecutivo.

Como se trata de deshacer un negocio contractual debidamente formado y eficaz, las posibilidades que permite la acción son excepcionales, pues en este caso los acreedores del fideicomitente son terceros en relación con el patrimonio autónomo que se ha constituido.

Agrega en el concepto que:

Como consecuencia de la formación de ese patrimonio autónomo y dada su afectación al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, él se convierte en un centro receptor de derechos subjetivos pudiendo ser, desde el punto de vista sustancial, titular de derechos y obligaciones, y desde el punto de vista procesal, comparecer a juicio como demandante o demandado a través de su titular el fiduciario” (Superintendencia Bancaria (1996, p. 175).

En torno a los requisitos para el ejercicio de la acción revocatoria prevista en el 1238, considera la autoridad administrativa, que se debe demostrar solo el *eventus damni*, y, por lo tanto, el acreedor al determinar su legitimación por activa, debe probar la existencia de la obligación que se busca cobrar con el título que la documenta, que debe ser actual, “(...) debe tratarse de un interés protegido por la ley que resulta burlado o desconocido por la conducta del deudor” (Superintendencia Bancaria, 1996, p. 175), y anterior en el tiempo a la constitución del contrato de fiducia. Además, debe probar el desequilibrio causado por el contrato de fiducia mercantil celebrado, y su conexión con el impago, esto es, que la celebración del contrato de fiducia y su ejecución es la causa que impide que el deudor fideicomitente pueda pagar por cuanto su patrimonio personal se ha visto menguado. No es necesario, en consecuencia, pues no lo exige esta modalidad de revocación del negocio fiduciario, que se demuestre el elemento subjetivo o *consilium fraudis*, que consistiría aquí, por tratarse de contratos onerosos, en la prueba de la connivencia con el fin de lograr el deterioro patrimonial del deudor-fideicomitente con la celebración del contrato.

La sociedad fiduciaria puede presentar en el proceso la excepción de discusión de bienes, como deber indelegable de protección y salvaguarda de los bienes que integran el patrimonio autónomo, previsto en el artículo 1234 No. 4 del C. de Co. C., excepción que tiene como fin probar que el fideicomitente-deudor cuenta con más bienes en su patrimonio que permitan el pago para evitar la revocación del contrato y la reconstrucción del activo personal del deudor.

Si la acción llegare a prosperar el paso que sigue, de acuerdo con lo expresado por la Superintendencia en la Circular Jurídica Básica (1996), es la de proceder a la rendición y liquidación de cuentas por parte de la sociedad fiduciaria, “procediendo a transferir los bienes a quien corresponda” (p. 176), para cumplir con los fines de reconstrucción patrimonial correspondientes.

2.4.1.3 Esfuerzos doctrinales frente a la formación del patrimonio autónomo y la revocación del negocio fiduciario

El hecho de que el patrimonio autónomo sólo aparezca enunciado en la ley mercantil hace que su disciplina se encuentre abierta a la interpretación, lo cual incluye también, la observancia de los criterios descritos por la Comisión en 1958 sobre algunas de las reglas patrimoniales, en particular, sobre las reglas de protección de los acreedores del constituyente y en la posibilidad de revocar el negocio fiduciario. Este hecho conlleva la verificación de un esfuerzo doctrinal que supone, de una parte, determinar las condiciones de lo que se entiende por patrimonio autónomo, para, en segundo lugar, establecer a partir de ellas las reglas de su revocación.

Desde 1958 cuando la Comisión elabora el proyecto de Código de Comercio se hace alusión a las posibilidades con que cuentan los acreedores para revocar el fideicomiso,⁶⁹ desde una perspectiva especial, de la misma manera en que se regula en el código de 1971, es decir, se prevé una regla general: la imposibilidad de que obligaciones de acreedores logren el pago con los bienes fideicomitados, en razón a que son terceros de la relación contractual.

Al lado de esta regla general aparecen en consecuencia tres subreglas: (i) Los acreedores del fiduciario no pueden perseguir los bienes fideicomitados, pues lo que ejecuta el fiduciario es la administración de los activos; (ii) los acreedores del fideicomitente tampoco pueden hacerlo pues éste ya los ha enajenado a título de fiducia; y, (iii) los acreedores del beneficiario no pueden atacar los bienes que integran el fideicomiso, pero sí las rentas causadas como consecuencia de la administración del fideicomiso, en razón de su calidad de beneficiario, lo que le permite recibir las rentas producidas de acuerdo a las reglas fijadas en el documento contractual. Estas reglas, a su vez, se integran con la excepcional regla de revocación para reconstruir el patrimonio del constituyente en favor de sus acreedores cuando las acreencias impagas sean anteriores a la constitución del fideicomiso, y a la luz de la legislación del 71, de la constitución del patrimonio autónomo, con las exigencias atrás descritas.

69 Debe tenerse en cuenta, como en otro aparte se explicó, que el término fideicomiso tiene una especial connotación, pues se refiere en materia civil la enajenación de bienes en propiedad fiduciaria, como limitación del dominio deviene fideicomiso, por eso la descripción legal dispone que “La constitución de propiedad fiduciaria civil se llama fideicomiso” (Código Civil colombiano, Artículo 794, inciso 2). La Comisión de 1958 al describir la fiducia (artículo 1118) refiere el fideicomiso al “...negocio jurídico” (Comisión Revisora del Código de Comercio, 1958, Vol. 1, p. 240), por lo que el fideicomiso se encuentra referido al título causa de la transferencia del dominio”.

En este punto de la ruta crítica la construcción dogmática de la teoría sobre el patrimonio autónomo muestra dos elementos fundamentales para la comprensión no solo del contrato de fiducia, sino de sus efectos a partir de la enajenación de activos. El primer elemento proviene de los resultados expuestos por la Comisión de 1958 como consecuencia de la búsqueda de un acomodamiento del *trust* angloamericano en nuestro entorno. La Comisión deriva el concepto de propiedad en equidad del *trust* para el beneficiario hacia la configuración de derechos eventuales sobre el patrimonio, que se explican por la posibilidad con que éste cuenta de impugnar disposiciones fiduciarias sobre los activos que integran el fideicomiso. Sin embargo, como ya se estudió, considera la Comisión (1958, Vol. 2) que, derivado del derecho eventual del beneficiario, junto con la separación que el fiduciario debe hacer de sus activos de los activos entregados en administración, y de lo dispuesto en el hoy artículo 1238 del C. de Co. C. (artículo 1136 del Proyecto), lo que aparece es un “patrimonio relativamente autónomo” (p.295).

En síntesis, la Comisión acomoda la propiedad en equidad del derecho anglosajón indicando que, si bien el fiduciario tiene la propiedad legal de los activos fideicomitados, el beneficiario cuenta con derechos eventuales y que, en todo caso, la propiedad legal del fiduciario no es plena, en la medida en que cuenta con limitaciones concretas que benefician, en primer lugar, al beneficiario, por su derecho eventual, y, en segundo lugar, a terceros, por la revocación que se puede lograr del fideicomiso. Esta es una diferencia sustancial en la construcción jurídica de 1958 con la de 1971, pues se concentra en la solución del problema de la propiedad en equidad y como respuesta al mismo concluye con la idea del “patrimonio relativamente autónomo”.

El segundo elemento proviene del análisis de los resultados legislativos de 1971: la formación de la fiducia conlleva la traslación del dominio de los activos, pero a diferencia del caso anterior (1958), esa transferencia forma un patrimonio autónomo, es decir, una masa de bienes que, como universalidad jurídica, se encuentra dispuesta a una finalidad, por lo que su propietario no es ni el fideicomitente, ni el fiduciario, ni el beneficiario. Cambio de dirección que trae como consecuencia considerar ahora que los efectos que en 1958 explicaban el derecho eventual del beneficiario, explican hoy los contornos del patrimonio autónomo.

De lo anterior se desprende la importancia de que las reglas descritas en el artículo 1238 del Código de Comercio colombiano expresen algo más que las

posibilidades de lograr el pago con los bienes que el constituyente ha entregado en fiducia, y que refuercen el hecho de que la fiducia misma sea un negocio lícito y eficaz en el ambiente contractual, pues determinan, reforzando con sus efectos, los límites descriptivos del concepto de patrimonio autónomo en el derecho colombiano.

El concepto de patrimonio autónomo de 1971 tiene sus amarres como universalidad jurídica, esto es, como concepto abstracto de masa de bienes que es determinada por una fuente de derecho en un sistema jurídico particular, al lado de las universalidades de hecho, que son determinadas por la autorregulación particular en sus negocios (Biondo, 1961).

En Colombia, además de los patrimonios autónomos, se pueden tener como ejemplos de universalidades jurídicas, el caso de los patrimonios de las sociedades disueltas y en proceso de liquidación, las masas de bienes afectas a la sucesión en el derecho herencial, los establecimientos de comercio como bien mercantil, los fondos de pensiones y cesantías, los fondos de valores, entre otros. Dos denominadores comunes se encuentran en los casos mencionados: (i) el hecho de que no hay un titular del dominio (persona jurídica o persona natural, o incluso, un patrimonio autónomo) sino un administrador, liquidador, vocero, fiduciario, albacea o similar, que se encarga de realizar las labores de administración según las instrucciones contractuales o según las reglas de procedimiento claramente establecidas (como en el caso de la sucesión o en el de la liquidación de sociedades o el fiduciario); y, (ii) el hecho de que la universalidad jurídica se encuentra, como masa de bienes, afecta a una finalidad prevista en los documentos contractuales o en los procedimientos legales, finalidad que, como elemento teleológico, es la razón misma que legitima la administración de los bienes y que determina sus alcances y protecciones, elemento inherente a la formación de la universalidad de bienes y, para el caso de la fiducia, al patrimonio autónomo como patrimonio de afectación. Desde el punto de vista funcional y operativo, un patrimonio autónomo, no puede tener justificación sin que exista un sentido teleológico para su existencia, un cometido de administración, un fin que exija que unos objetivos sean desarrollados por él (González, 2001).

Es por ello que, para el caso de la fiducia, el legislador establece que si no hay una finalidad prevista el contrato sufre de ineficacia por inexistencia (al faltar un elemento esencial) o si esta finalidad se cumple o se hace imposible, se presenta una causal para la terminación del contrato y lo que procede es la liquidación del mismo (artículo 1240, Numerales 1, 2, y 5 del Código de Comercio colombiano).

Este tipo de construcciones teóricas en el derecho de los bienes ha sido denominada como patrimonios de afectación, justamente, como ya se ha indicado, por el hecho de que la ausencia de titular del dominio sobre los mismos depende de la afectación a un objetivo particular previsto en la ley, en un procedimiento o en un negocio jurídico⁷⁰.

2.4.2 Los patrimonios autónomos en el derecho tributario colombiano. Consideraciones preliminares

Con la expedición del Código de Comercio colombiano de 1971, y la aparición legal del patrimonio autónomo en Colombia, se han presentado una serie de debates y discusiones sobre su concepto, efectos y contenidos que han conducido a soluciones provisionales con el fin de dar respuesta a las tensiones propias de la aplicación práctica frente a la gestión del contrato de fiducia, lo que ha hecho complicada la aprehensión teórica del concepto por varias razones⁷¹ que podrían enunciarse así: a) la legislación cuenta con una muy sencilla descripción de la figura en las normas sobre fiducia mercantil, en donde tan sólo una vez se mencionan las palabras “patrimonio autónomo” y se describen algunos de los efectos jurídicos derivados de sus reglas para el negocio fiduciario, sin que se profundice en los mismos, dejando buena parte de sus contenidos abiertos a la interpretación; b) la tradición jurídica colombiana concentrada en el concepto de persona como principal sujeto de derechos y en los efectos derivados de sus atributos, lleva a considerar desde la dogmática tradicional al patrimonio como inherente a concepto de personalidad, dificultando la articulación hacia nuevas posibilidades de desarrollo y formas jurídicas, así en la práctica social estas se reconozcan y realicen; y, c) como consecuencia de lo anterior, el hecho de que partir de los efectos legales se deduzca la estructura del patrimonio autónomo tratando de lograr una dogmática general sobre el tema, no ha solucionado las tensiones y las respuestas dispares sobre la materia, lo que hace del régimen un ámbito inseguro, complejo y de difícil aprehensión.

Uno de los casos especiales que muestra el proceso de discusión teórica en busca de aclarar los efectos derivados de la constitución de patrimonios autónomos en el contrato de fiducia, se presenta en el campo del derecho tributario que procuró, con el fin de determinar las reglas aplicables al negocio, dibujar su concepción del esquema patrimonial.

70 Rengifo (2011) en su trabajo sobre la propiedad describe en relación con la teoría objetiva que la afectación es un elemento característico de esta concepción patrimonial. “Este principio establece que *todo patrimonio se caracteriza por estar destinado al cumplimiento de una finalidad social trazada por el legislador.*” (p. 271).

71 Sobre este particular enfoque puede consultarse el trabajo “Nuevas dogmáticas en el derecho privado entorno al patrimonio autónomo fiduciario. Un debate en Colombia. (González, 2012, p. 171-182).

Este esquema tiene dos momentos en su ruta de formación pues la aparición del patrimonio autónomo fiduciario en materia fiscal formuló una serie de tensiones sobre la posibilidad de evasión o elusión impositiva con la celebración de contratos de fiducia, tensión que se resolvió en forma diferente con lo que se puede denominar, para efectos de este trabajo, como modelos de regulación fiscal para el contrato de fiducia: (i) el modelo de 1974, regulado con los decretos legislativos 2053 y 2348 de 1974 y, (ii) el modelo actual, propuesto con la reforma fiscal hecha con la ley 223 de 1995 (artículo 81), junto con las modificaciones introducidas por la ley 1607 de 2012, artículo 127, que hoy hacen parte integral del artículo 102 del estatuto tributario colombiano; para, finalmente y como resultado de las variables y categorías encontradas, ofrecer conclusiones sobre el modelo patrimonial que para el efecto fiscal se obtiene del contrato de fiducia.

Para abordar los aspectos tributarios en relación con el contrato de fiducia y el patrimonio autónomo fiduciario lo primero que debe tenerse en cuenta en el análisis que a continuación se presenta, es que éste se encuentra limitado al estudio del artículo 102 del Estatuto Tributario colombiano (en adelante E. T.), norma que ha reglado en forma general los principales aspectos fiscales sobre el tema en relación con el pago del impuesto de renta y complementarios y/o la ganancia ocasional, derivados de la constitución de patrimonios autónomos cuando se celebran contratos de fiducia. En segundo lugar, recalcar que este aparte del trabajo limita su estudio al objetivo central planteado, es decir, que más que una revisión de conceptos fiscales, lo que se pretende es encontrar cómo se determinan por el legislador tributario los contenidos del patrimonio autónomo en el contrato de fiducia mercantil a partir de la regulación que ha dispuesto sobre la materia⁷², que es la forma de hacer su aporte en materia de dogmática jurídica desde las ciencias contables y fiscales, en relación con los contenidos del patrimonio autónomo. Por esta razón, se revisarán dos momentos claves en materia fiscal: el 102 del E. T. que fuera resultado de los decretos legislativos de 1975⁷³, decretos que representan un doble interés, de una parte, el hecho de que el legislador tributario recauda un primer intento por comprender una figura novedosa recién incorporada al

72 No ha sido estudiado en profundidad este tema sobre el cual se encuentran los trabajos consignados en las XIX Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, celebradas en el año 1995, en donde el trabajo del profesor Cahn-Speyer Wells particularmente profundo sobre la materia, al lado de los muy breves comentarios del profesor Ramiro Rengifo (2001) que al referirse a los aspectos fiscales de la fiducia se restringe a unos breves comentarios que transcriben los aspectos normativos sin que se haga un análisis integral de los aspectos contractuales y patrimoniales de la misma (P. 381 -384). De igual forma el trabajo Jairo José Saade Cotes (2009) sobre "Aspectos de tributación en la fiducia mercantil" restringe el análisis a los enunciados normativos formales y a algunos casos prácticos acerca del tratamiento de la fiducia en lo fiscal sin que se revisen en profundidad los aspectos relativos al tratamiento patrimonial, esto es, al tema de los patrimonios autónomos y sus efectos.

73 Se hace referencia a los Decreto legislativo 2053 y 2348 de 1974 que fueron resultado de la declaratoria de emergencia económica durante el gobierno del Presidente Alfonso López Michelsen.

escenario mercantil colombiano, pues las normas que contienen por primera vez la posibilidad del manejo contractual de un patrimonio autónomo en el país se introdujeron con la expedición en 1971, del ya mencionado Código de Comercio (decreto 410 de 1971), y, en segundo lugar, la exposición de las preocupaciones de dicho legislador frente a la elusión impositiva en el negocio.

De otra parte, y como segundo aspecto a tratar, se revisará la concepción fiscal decantada en la reforma hecha con la Ley 223 de 1995 al 102 del E. T., que contiene revisiones y sugerencias hechas en años anteriores por académicos y expertos en el tema.

2.4.2.1 El legislador extraordinario de 1974

Con la declaratoria de emergencia económica en el año 1974⁷⁴ se expidieron en materia fiscal dos decretos legislativos, el 2053 y el 2348. El primero que contenía la reforma tributaria y que reglaba lo concerniente al negocio fiduciario en el artículo 36 (luego 102 del E. T.) y el Decreto 2348, que en el artículo 3, ordinal 4, modificaba algunos de los contenidos del artículo 36 anterior. Tomaremos para nuestro análisis la versión final del texto, esto es, incluida la modificación hecha por el Decreto 2348 de 1974 (González, 2001).

El legislador de emergencia regló cuatro hipótesis:

- a) Cuando el constituyente de la fiducia realiza la transferencia de bienes a título de fiducia y en el acto constitutivo se contemplaba que una vez finalizado el objeto de la administración fiduciaria, los bienes se transfirieran al beneficiario o beneficiarios, si éstos son diferentes del constituyente.
- b) Cuando el constituyente de la fiducia realiza la transferencia de bienes a título de fiducia y en el acto constitutivo se contempló que, al finalizar el objeto de la misma, los bienes se transfirieran al beneficiario o beneficiarios siendo éste el mismo constituyente.
- c) Cuando los beneficiarios de las rentas producidas por los bienes fideicomitidos son parientes dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad del fideicomitente, aun cuando al finalizar el contrato los bienes fideicomitidos sean transferidos al constituyente.

⁷⁴ La emergencia económica como estado de excepción se declaró con el Decreto legislativo N° 1970 del 17 de septiembre de 1974.

- d) Cuando los beneficiarios de las rentas producidas por los bienes fideicomitidos no son parientes dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad del fideicomitente, aun cuando al finalizar el contrato los bienes fideicomitidos sean transferidos al constituyente.

Estas hipótesis contemplan dos grandes criterios: a quién se entregan los bienes al finalizar la fiducia, si a parientes dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad del fideicomitente o al constituyente o a un tercero que no se encuentre dentro de esos grados de parentesco; y, en segundo lugar, un criterio que busca responder a la pregunta acerca de a quién llegan las rentas, si a parientes dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad del fideicomitente o a terceros por fuera de esa línea de parentesco, sin indicar o tener en cuenta que también el constituyente puede ser beneficiario, y sin establecer cuando se entiende causado el impuesto. Esos criterios estaban encaminados a detectar situaciones en que se intenta eludir la carga fiscal, considerando que bajo el amparo del negocio fiduciario se puede menguar el patrimonio del constituyente y, por lo tanto, su base gravable para el impuesto de renta.

El profesor Paul Cahn-Speyer Wells (1995) presentó ponencia central sobre “La fiducia mercantil y sus aspectos tributarios” en el marco de la XIX Jornadas de Derecho Tributario que anualmente realiza el Instituto Colombiano de Derecho Tributario en Colombia, en la que, al explicar el alcance de los Decretos legislativos observaba que en estos se había utilizado el método empírico para legislar, en la medida en que el articulado se fundamentaba en la casuística sin tener en cuenta principios generales que gobernarán todo el tema fiduciario, por lo que indica que este método consiste en ofrecer: “(...) soluciones para casos singulares y concretos, sin tener en cuenta que el Derecho, es, ante todo, un orden racional y eminentemente científico, y que las soluciones deben ser genéricas y tener en cuenta los principios y no las hipótesis concretas”. (p. 84). Con este método, agrega el profesor Cahn-Speyer, para resaltar el criterio del legislador por el cual la operación fiduciaria era realizada con el fin de eludir pagos fiscales:

(...) el legislador extraordinario de 1974 circunscribió o redujo las operaciones fiduciarias únicamente a los casos de operaciones de fiducia de inversión y administración efectuadas por el constituyente en su propio beneficio, o a las fiducias para garantizar otro y otros contratos, y a todos aquellos casos de transferencia de bienes a título gratuito, sea en virtud de donaciones entre vivos o de legados “mortis causa” (p. 84).

De acuerdo con lo anterior, más que buscar una explicación clara y general a los efectos y características propios de la constitución de patrimonios autónomos en la fiducia, el legislador extraordinario en materia tributaria consideró de entrada que el negocio fiduciario mercantil y la constitución de patrimonios autónomos eran esquemas que permitían la evasión fiscal, por lo que pasó a construir, a partir de esos criterios, un conjunto de casos sin observar las condiciones generales de la fiducia, las diversas modalidades en que se puede desenvolver la administración fiduciaria y los principios que, bajo esa perspectiva, le pudieran ser aplicados. El mismo ponente central de las jornadas encontraba que:

El ambiente que rodeaba a la fiducia estaba enrarecido por una peregrina concepción –impulsada por el propio legislador extraordinario– de que la fiducia era un sucio truco para gravar los bienes y rentas en cabeza de terceros diferentes al verdadero titular y con ello quebrar la progresividad de los impuestos de renta y patrimonio. (Canh-Speyer, 1995, p. 84).

Independientemente de las observaciones que desde la técnica tributaria se hicieran a las normas de emergencia comentadas, no parece claro el enfoque que desde el punto de vista patrimonial se hiciera del concepto de patrimonio autónomo introducido en materia mercantil porque, además de manejar una muy disminuida casuística con un ambiente enrarecido al presumir la mala fe de los intervinientes en un contrato de fiducia, el legislador consideró que la contratación fiduciaria contribuía a la evasión, a través de la posibilidad de que el constituyente disminuyera su patrimonio enajenando bienes a título de fiducia, para luego trasladar rentas y bienes a terceros (parientes o no). Este aspecto resulta trascendental pues la reforma del año 1995 va a recoger las críticas hechas al cuerpo normativo de emergencia.

2.4.2.2 La reforma tributaria de 1995 y el concepto de patrimonio autónomo

La Ley 223 de 1995, introdujo en Colombia una nueva reforma tributaria y con su artículo 81 modificó el artículo 102 del E. T. incorporando una nueva concepción sobre los temas fiduciarios en materia fiscal⁷⁵. Resulta evidente que las revisiones hechas en los años anteriores sobre la estructura del contrato de fiducia y sus implicaciones patrimoniales y tributarias, conllevó a una regulación más adecuada acerca del tema, por tratarse de una regulación general, es decir,

⁷⁵ Hoy la Ley 223 de 1995 (artículo 81), ha sido modificada en sus contenidos por la Ley 1607 de 2012, artículo 127, disposiciones que integran el artículo 102 del estatuto tributario colombiano.

aplicable a todos los contratos de fiducia, obviando la casuística extrema de la legislación anterior y, además, dejando a un lado ese velo de fraude y elusión que los decretos del año 74 sugerían y que a toda costa trataban de evitar. Considero que el legislador de 1995 tuvo en cuenta las características y efectos propios del patrimonio autónomo fiduciario para la nueva regulación fiscal.

Desde el punto de vista de la concepción patrimonial en el negocio fiduciario cabe resaltar un primer aspecto: el constituyente del negocio fiduciario para efectos fiscales y, desde el punto de vista contable, no mengua su activo al constituir el patrimonio autónomo, pues lo que aparece como resultado de la operación contractual, es un cambio en la naturaleza de los activos producto de la transferencia de la propiedad de los bienes a título de fiducia. Por ello el constituyente se convierte en titular de derechos fiduciarios por el mismo valor de lo transferido y así los registra en su contabilidad. Como se verá, en principio, la sociedad fiduciaria, al ser solo vocera y administradora de los bienes fideicomitidos no cuenta con cargas fiscales en materia de impuesto de renta y complementarios o de ganancias ocasionales⁷⁶.

El nuevo esquema se concentra en el beneficiario designado en el contrato de fiducia como parte contractual específica y como responsable del pago del impuesto sobre la renta y complementarios y/o la ganancia ocasional, según corresponda y sobre él determina todas sus hipótesis⁷⁷. Lo anterior parte del supuesto de que los patrimonios autónomos no están gravados para los efectos de renta y complementarios y/o ganancia ocasional, y que sólo excepcionalmente, como se verá adelante, en forma condicionada, se levantará esa posibilidad fiscal (numeral 3 del artículo 102 del E. T.).

El hecho de que las cargas impositivas mencionadas recaigan sobre el beneficiario hace que el legislador tributario deba indicar que cuando la modalidad contractual sea la fiducia de garantía, se entiende que el beneficiario siempre es el constituyente, pues no tendría sentido gravar a los verdaderos beneficiarios de esta modalidad de fiducia⁷⁸, es decir, a los acreedores que han entregado sus

76 Es por eso que el actual 102 del E. T. dispone: "Los derechos fiduciarios tendrán el costo fiscal y las condiciones tributarias de los bienes o derechos aportados al patrimonio autónomo."

77 "Las utilidades o pérdidas obtenidas en los fideicomisos deberán ser incluidas en las declaraciones de renta de los beneficiarios, en el mismo año gravable en que se causan a favor o en contra del patrimonio autónomo, conservando el carácter de gravables o no gravables, deducibles o no deducibles, y el mismo concepto y condiciones tributarias que tendrían si fueren percibidas directamente por el beneficiario." (numeral 2 del artículo 102 del E. T.)

78 Describe Manrique (1998) la fiducia en garantía como: (...) un contrato en el que se transfiere la propiedad de uno o más bienes a un fiduciario y se le instruye para que realice uno o más actos jurídicos, cuya garantía o responsabilidad patrimonial está limitada o restringida a los bienes transferidos con el contrato, en el que la finalidad principal a cuya búsqueda se compromete el fiduciario es a obligarse con los acreedores que indique el fideicomitente a destinar los bienes recibidos con el contrato para satisfacer las obligaciones garantizadas, en caso de que su deudor no las pague. (p.24- 25).

recursos al constituyente y que como garantía han recibido, como beneficiarios de un fideicomiso constituido por el fideicomitente empresario, certificados que los legitiman como beneficiarios del patrimonio autónomo, ya que, en realidad, toda la carga de la operación, recae justamente sobre el constituyente que es quien otorga la garantía para obtener el crédito (aparte final del numeral 3 del artículo 102 del E. T).

El beneficiario de un contrato de fiducia o fideicomisario puede ser el mismo constituyente o ser un tercero que este designe al momento de la celebración del contrato de fiducia o con posterioridad. Derivada de esta última posibilidad, es decir, que no pueda conocerse o identificarse el beneficiario por estar sometido a condiciones suspensivas, resolutorias, es que la norma fiscal comentada, establece la excepción de gravar directamente al patrimonio autónomo con el pago del impuesto como si se tratara de una sociedad, asimilando el fideicomiso a una sociedad anónima para efectos fiscales.

Desde la perspectiva general presentada, es el beneficiario quien recibe la carga fiscal del pago del impuesto de renta y complementarios y/o la ganancia ocasional según corresponda. Así las cosas, el constituyente pagará en su calidad de beneficiario el impuesto de renta y/o de ganancia ocasional, según el caso, por ser el causante del ejercicio contractual fiduciario. Si el beneficiario es un tercero, las rentas que se causen se imputarán como una ganancia ocasional. Sin embargo, el numeral 4 del artículo 102 del E. T., contiene la siguiente disposición que busca consolidar el principio de transparencia fiscal⁷⁹ y que resulta poco clara en su redacción:

“Se causará el impuesto sobre la renta o ganancia ocasional en cabeza del constituyente, siempre que los bienes que conforman el patrimonio autónomo o los derechos sobre el mismo se transfieran a

79 Ha indicado la DIAN que: (...) el principio de transparencia fiscal en los contratos de fiducia mercantil debe reconocerse no solamente para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta, en el sentido de que el beneficiario está obligado a declarar los bienes y rentas originados en la fiducia, sino también para efectos patrimoniales, es decir, para efectos de la determinación de la renta presuntiva y del impuesto al patrimonio.

Como lo ha manifestado este Despacho en reiteradas oportunidades, el régimen tributario colombiano contempla la aplicación del principio de transparencia fiscal en los contratos de fiducia mercantil, en relación con las utilidades que se generen en virtud de dichos contratos en cabeza del constituyente o de un tercero beneficiario (E. T. art. 102).

Así mismo, el artículo 271-1 del Estatuto Tributario consagra las reglas para la determinación del valor patrimonial de los derechos fiduciarios, señalando que éstos deben ser declarados por quien tenga la explotación económica de los respectivos bienes.

Estas disposiciones desarrollan parcialmente el principio de transparencia en el sentido de que, en el contexto de la realización de los ingresos, obligan al beneficiario en los contratos de fiducia a declarar las utilidades que se causen a favor del patrimonio autónomo, conservando el carácter de gravables o no gravables y el mismo concepto y condiciones tributarias que tendrían si las hubiere percibido directamente” (DIAN, Concepto 48995 de 02-08-2012) En igual sentido se puede revisar la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta de trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009). Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo.

personas o entidades diferentes del constituyente. Si la transferencia es a título gratuito, el impuesto se causa en cabeza del beneficiario de los respectivos bienes o derechos”.

Este aparte normativo deja las siguientes inquietudes: si bien parece diferenciar entre negocios a título oneroso o a título gratuito, ¿se rompe el esquema general cuando establece que el impuesto de renta y/o de ganancia ocasional, según el caso, queda en cabeza del constituyente para el caso en que los bienes se transfieran a persona distinta del constituyente?

Salcedo Younes (2014), en su trabajo sobre el “Tratamiento tributario de la inversión extranjera de portafolio y de los contratos de fiducia mercantil bajo la Ley 1607 de 2012” explica sobre el tema que:

“La norma precisa el asunto relativo a la transferencia de los bienes objeto del fideicomiso, en el sentido que la causación fiscal solo se produce cuando los bienes que componen el patrimonio autónomo o los derechos sobre dicho patrimonio se transfieren a personas diferentes al constituyente. Esta precisión responde claramente al principio de transparencia fiscal, puesto que bajo el prisma de la realidad económica, el aprovechamiento económico de estos bienes lo tiene el fideicomitente, salvo si este señala un tercer beneficiario, caso en el cual resulta evidente que debe causarse el impuesto a la renta o el de ganancias ocasionales por las transferencias. La norma establece con total sentido que si la transferencia es a título gratuito (caso que correspondería, por ejemplo, a una donación) el impuesto se causa en cabeza del beneficiario de los bienes o derechos” (p. 17).

Al lado de esos elementos generales estructurados en el nuevo 102 del E. T., aparecen unas reglas que evitan la evasión impositiva y que aseguran el pago del impuesto: (1) la primera regla es la directriz ya mencionada: si el beneficiario no es identificable, aparece el deber de la sociedad fiduciaria como administradora de dar el tratamiento al patrimonio autónomo de una sociedad anónima y presentar la declaración correspondiente, haciendo los pagos con cargo al patrimonio administrado; y, se agrega una segunda, (2) en el numeral 5 del artículo 102 del E. T., se establece que: “los fiduciarios son solidariamente responsables, junto con los patrimonios autónomos a su cargo y con los respectivos beneficiarios, por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales a cargo de los patrimonios autónomos”.

La sociedad fiduciaria para los efectos mencionados asigna un número de identificación tributaria (NIT), a los patrimonios administrados y presenta la declaración correspondiente por todos ellos, debidamente individualizada. Todo lo anterior con el fin no sólo de dar seguimiento al desarrollo de los negocios hechos por la administración fiduciaria y sus vinculados, sino para dar cumplimiento al propósito del pago del impuesto sobre la renta y complementarios, así como la ganancia ocasional que llegue a estar en cabeza de los beneficiarios.⁸⁰

2.5 Conclusiones del capítulo

El centro de la discusión durante el período estudiado muestra la forma como se incorporó el patrimonio autónomo en la legislación mercantil. En parte producto de los trabajos de la Comisión Redactora del Código de Comercio de 1958, en parte producto de los trabajos de revisión de las Comisiones conformadas desde 1968, las reglas de la fiducia quedan tipificadas en el Código de Comercio y sólo una disposición hace alusión directa, sin describir sus contenidos, al patrimonio autónomo.

El comportamiento de los diferentes actores y operadores jurídicos frente a la nueva forma contractual y a sus efectos patrimoniales no escapa, como se evidenció en el recorrido hecho a la legislación y a las distintas decisiones administrativas y judiciales, así como a los debates académicos, a la consideración de que la legislación, a pesar de su novedad, era coherente, completa, clara y por ello la construcción desde la fuente legal debía seguir las reglas y herramientas propias previstas por la tradición civilista.

De allí que a partir del único dispositivo legal sobre el patrimonio autónomo se construyan una serie de reglas que permiten la determinación e interpretación sistemática de sus efectos con el fin de su conceptualización desde el contexto legal del contrato de fiducia mercantil. Reglas que se van a aparejar en los años siguientes a la expedición del Código de Comercio con la problemática fiscal y con los elementos para la revocación de los negocios fiduciarios en el caso del alzamiento de bienes por parte del deudor fideicomitente, en donde, a pesar de que las soluciones ofrecidas no son satisfactorias inicialmente, razón por la que el intento de dar respuestas sigue incorporando en esta materia los esquemas y concepciones propios de la civilística tradicional enmarcados en las metodologías

80 En ese sentido el numeral 5 del artículo 102 del E. T. establece: "Para tal fin, se le asignará a las sociedades fiduciarias, aparte del NIT propio, un NIT que identifique en forma global a todos los fideicomisos que administren".

y técnicas de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos frente las dificultades ofrecidas por la cauística.

La construcción misma de los efectos del contrato de fiducia representa un esfuerzo de la dogmática por conceptualizar a partir de la ley y de dar una respuesta a las inquietudes teóricas que la Comisión redactora del proyecto de 1958 encontró frente al debate sobre la incorporación del *trust* angloamericano en Colombia. La diferencia frontal que aparece frente a los conceptos de propiedad legal y propiedad en equidad del derecho angloamericano, se evidencia en pasar de un reconocimiento de “derechos eventuales” para el beneficiario, y en ese sentido y para esos efectos, de denominar en el esquema de la Comisión del 58, como una “propiedad relativamente autónoma” la que tiene el fiduciario, a pasar a reconocer en 1971, el concepto pleno de patrimonio autónomo como efecto propio de la formación contrato fiduciario.

El patrimonio autónomo como patrimonio de afectación parece disminuir la tensión frente al trasplante y apropiación del *trust* del derecho anglosajón. Los primeros años de discusión y formación del negocio fiduciario, que se podrían concentrar para el caso colombiano entre los trabajos presentados como proyecto de ley por la Misión Kemmerer, en 1923, que fueran acogidos sin mayores discusiones, y la expedición del Código de Comercio en 1971, se caracterizan por mostrar la importancia del *trust* para tratar de integrar las características propias de su estructura al derecho nacional, pues se evidencia, a partir de los documentos revisados, que no solo en Colombia, sino en otros países de Latinoamérica, existió la preocupación por demostrar cómo la propiedad fiduciaria civil, propia de la estructura del derecho civil y derivada del derecho romano, no resultaba apropiada para las necesidades del mercado.

En ese sentido, dos elementos permiten preguntar acerca de su apropiación para el derecho latinoamericano, dada la estructura económica y financiera de la época: uno acerca de la concentración de la figura en el negocio financiero, y en particular, en la banca, en mercados pequeños y de no muy grandes inversores, y, el otro, en segundo lugar, que identifica una preocupación por separar algunas formas contractuales cercanas, por su parecido dentro del ámbito civil, como es el caso mismo del mandato. Ese debate permite preguntarse, cómo dentro de los marcos civiles, no se amplió el campo de estudio de la teoría hacia el derecho de los bienes con mayor profundidad, pues las discusiones frente al derecho extranjero y el estudio del origen del contrato se concentraron en los derechos de dominio derivados de la propiedad legal y de la propiedad en equidad sin preocuparse de

lo que, desde el derecho mismo significaba el reconocimiento de las separaciones patrimoniales con fines de administración, que es lo que reconoce la legislación de 1971.

El patrimonio autónomo derivado del contrato de fiducia se implanta sin grandes discusiones públicas, rompiendo con el esquema que preocupaba desde 1923, es decir, separando para el acomodamiento de la estructura fiduciaria el tema tradicional de la duplicidad de derechos sobre los bienes fideicomitidos, para concentrarse en un molde en el que, a partir de la formación contractual, aparecen los patrimonios autónomos como masas de bienes afectas a una finalidad sobre las cuales pueden recaer derechos y obligaciones para su ejercicio o para su cumplimiento, dejando de lado el tema de la propiedad o dominio del *trust*, para pasar a una serie de efectos que realzan el elemento teleológico como central en el carácter de administrador y vocero del fiduciario que delinea el ejercicio de derechos muy similares a los del propietario, sin que la propiedad se encuentre en cabeza del administrador. Del otro lado, continúan los derechos eventuales del beneficiario sin que sobre él recaiga el carácter del propietario.

En ese sentido, aparece lo que podríamos denominar como un “esfuerzo intelectual del legislador extraordinario de 1971”, que se apropió del término patrimonio autónomo, no sólo para reconocer formalmente un nuevo sujeto de derechos en el país, sino para amoldar el trasplante o apropiación legal hacia efectos de delimitaran las acciones propias del fiduciario como ejecutor de los cometidos en la administración de los activos que se le entregan en administración.

Desde ese punto de vista, los efectos previstos en el artículo 1238 del C. de Co. C., frente a los terceros (en la relación contractual) acreedores del fiduciario, del fideicomitente y del beneficiario, conllevan, junto a la separación patrimonial que el administrador debe observar, el reconocimiento de la universalidad jurídica, sin que se indague acerca de problemas derivados de la representación de los mismos, asunto que se resolverá por vía doctrinal y práctica en los años siguientes. Es decir, la pregunta de cómo una masa de bienes puede, sin tener un propietario, ejercer legítimamente sus derechos y responder por sus obligaciones, desde el ámbito de la legitimación procesal, queda abierta en el planteamiento inicial que se ofrece desde la legislación de 1971.

A su lado, la preocupación por la disminución de los activos del constituyente frente a los derechos de los acreedores anteriores al contrato de fiducia, lleva a pensar en las exigencias sobre la revocación contractual de los contratos de fiducia

y, en consecuencia, a pensar sobre los efectos propios del patrimonio autónomo y a la naturaleza de los contratos que se desenvuelven a partir del mismo. De hecho, una preocupación que podría denominarse como natural en este plano, es la preocupación por el blindaje jurídico que se puede ofrecer a partir de la constitución de patrimonios autónomos, frente a la respuesta a los acreedores del constituyente del contrato, no sólo en términos de la revocación o de la acción pauliana fiduciaria, sino desde el ámbito de lo fiscal, con la preocupación inicial frente a la elusión tributaria a través de la celebración de contratos de fiducia.

En ambos ámbitos, el esfuerzo académico mostró un interés por comprender, no sólo los orígenes del *trust*, sino su adecuación nacional para tratar de explicar descriptivamente al patrimonio autónomo como parte integral en nuestro país del contrato de fiducia.

Así las cosas, el panorama fiscal colombiano, que se trasladó de una legislación altamente empírica hacia una de orden general, más apropiada, ha considerado los elementos patrimoniales básicos del contrato de fiducia dentro de sus principios y reglas aplicables al tema tributario: (i) Los patrimonios autónomos no son sujetos, por regla general del impuesto de renta y complementarios ni de la ganancia ocasional. (ii) El constituyente del negocio fiduciario no disminuye su patrimonio para efectos contables y fiscales por el hecho de la conformación de un patrimonio autónomo porque la transferencia del dominio de bienes a título de fiducia tiene como consecuencia contable y patrimonial, el registro de los derechos en calidad de constituyente o fideicomitente, por el mismo valor a lo transferido. (iii) La legislación fiscal entonces se concentra en el beneficiario en busca de lograr la realización del principio de transparencia fiscal. Es el beneficiario, bien sea el constituyente o un tercero designado por éste, quien tendrá la carga impositiva. (iv) Solamente como excepción a la regla anterior, cuando el fiduciario no pueda determinar o identificar al beneficiario, por ejemplo, en casos en donde no ha sido designado aún, o en casos en donde hay condiciones suspensivas o resolutorias, deberá darle tratamiento al patrimonio autónomo de sociedad anónima y presentar la declaración correspondiente. (v) Finalmente, la legislación fiscal establece la solidaridad entre fiduciario, patrimonio autónomo y beneficiarios por las sanciones que se impongan como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones formales del patrimonio autónomo. Lo cual permite afirmar que los aspectos básicos estudiados en la primera parte y que enmarcamos las tres categorías de efectos: (a) efectos de formación derivados del contrato de fiducia, (b) efectos frente al fiduciario en razón de la administración de los bienes fideicomitados y (c) efectos frente al constituyente o fideicomitente

y frente al beneficiario o fideicomisario, en materia tributaria se consideran para la comprensión de la norma tributaria y por lo tanto, coinciden con los aspectos la estructura conceptual de los patrimonios autónomos propuesta en la legislación mercantil vigente.

Sin embargo, para el período analizado, la construcción sigue abierta, por lo que, a partir de la práctica de sus condiciones regladas, se irán solucionando los problemas que sugiere el modelo. De esos problemas y de los intentos de dar solución a las mismas dentro de la ruta propuesta se tratará en los capítulos siguientes para mostrar cómo aún no se han ofrecido discusiones que desde la dogmática presenten una respuesta satisfactoria a pesar del uso permanente del contrato y de la formación de patrimonios autónomos.

3.

LA FIDUCIA PÚBLICA EN COLOMBIA, SU PROBLEMÁTICA Y DISCUSIÓN

El propósito de este capítulo es evidenciar cómo, en el caso de la formación de la modalidad de fiducia pública en Colombia, el desarrollo legal y la aplicación del concepto de patrimonio autónomo se desligan del esquema tradicional del contrato de fiducia del derecho privado. Como se presentará, la discusión sobre la viabilidad de la fiducia en materia pública fue abordada a partir de la eliminación de uno de los elementos esenciales de la fiducia: el patrimonio autónomo. Este cambio en la estructura del negocio fiduciario para la contratación pública fue valorado desde la dogmática tradicional del derecho privado como opuesta a los fines del contrato de fiducia mercantil, cambio que muestra la insuficiencia de la dogmática tradicional frente a las necesidades de aplicación del instituto jurídico objeto de análisis.

Con el fin de mostrar dicha insuficiencia, primero se estudiará el entorno de la problemática y discusión sobre la fiducia pública, con el fin de abordar el debate que frente a la construcción de un estatuto de contratación estatal contemporáneo se tuvo en relación con el patrimonio autónomo derivado de la fiducia, con el fin de analizar, en segundo lugar, la revisión constitucional que se adelantó sobre la materia en relación con el régimen del contrato de fiducia pública contenido en la Ley 80 de 1993, debate que evidenció las dificultades propias de la interpretación de la dogmática tradicional del derecho privado cuando concurren intereses superiores como en el caso de la contratación estatal.

3.1 El entorno de la problemática y discusión acerca de la fiducia pública

La diacrónica sobre los patrimonios autónomos en materia de fiducia ha mostrado hasta este punto, un esfuerzo *ius privatista* por comprender los alcances de una figura jurídica trasplantada del derecho angloamericano que, como se ha presentado, puede resumirse en tres fases, (i) la incorporación que de ella se hace en 1945 por vía legal, en normas de orden bancario, tratando de desprenderla del fideicomiso civil o propiedad fiduciaria civil, pero acercándola dentro de su concepción original a los negocios de mandato sin que su movilidad patrimonial se discutiera en profundidad; (ii) un segundo momento, que podría denominarse como momento de revisión, que involucra una serie de discusiones doctrinales en torno a los efectos patrimoniales de la fiducia, que termina con la presentación del Proyecto de Código de Comercio colombiano de 1958, en el cual se hace un balance comparativo entre la institución originaria, el *trust* anglosajón, en la que aparecen dificultades de aplicación conceptuales relacionadas con el concepto de propiedad fiduciaria, de propiedad legal y de propiedad en equidad, para tratar de nivelar los problemas de su apropiación a través del reconocimiento de mayores facultades para el beneficiario como parte del contrato, con el fin de lograr algún parecido con los alcances de los derechos del propietario en equidad del derecho angloamericano, reconociendo la relatividad de la propiedad del fiduciario y del fideicomisario, en un esfuerzo por acoplar dos sistemas de comprensión jurídica contractual diferentes, a partir de la construcción del proyecto legal, hasta llegar, diez años después a una (iii) concepción de revisión novedosa, muy distinta a la del derecho angloamericano, a partir del reconocimiento del patrimonio autónomo fiduciario, al amparo de las limitaciones que ofrecía la legislación propuesta en 1958.

En este sentido, el concepto de patrimonio autónomo en su descripción legal, queda desligado de los conceptos anglosajones de propiedad legal del fiduciario y propiedad en equidad del fideicomisario, para la construcción de un modelo en que no hay propiedad legal o en equidad, sino un patrimonio autónomo con un fiduciario cuya labor es, dentro de los marcos contractuales, la de ejecutar el cometido previsto en el acuerdo que las partes del contrato han definido. Construcciones que fueron incorporadas en la legislación como instrumento para lograr mayor movilidad en los mercados financieros y para ampliar el marco del desarrollo empresarial colombiano. Lo anterior permite inferir que el marco institucional cambia con la nueva legislación ofreciendo a los operarios del mismo una apertura hacia su uso y, por lo tanto, hacia su interpretación.

Estos procesos de ajuste institucional resultado de una reacción a la actividad legislativa, como se presenta en el caso analizado, son de muy diversa naturaleza a los procesos de adecuación típicos del derecho mercantil, en donde las prácticas públicas, reiteradas y uniformes que hace el mercado de una forma contractual, determinadas por la autorregulación, es decir, por las fórmulas a partir de las cuales los contratantes disponen de sus intereses, redactan sus obligaciones y las ejecutan, hacen que la ley de las partes sea el contrato y que, en consecuencia, aparezcan moldes de negocios que la doctrina denomina contratos atípicos, cuyo proceso de depuración y unificación depende del uso del negocio y de las correcciones doctrinales que la misma práctica sugiere para sustentar su llamado natural al cumplimiento. Si bien estos negocios atípicos pueden ser reglados secundariamente por el legislador con el fin de reconocer su importancia, revestirlos de seguridad o de encauzarlos hacia un interés mayor, el marco de interpretación que ofrece la institucionalización formal viene acompañada de una serie de discusiones previas, que sus operarios han dado y que probablemente ha recogido la doctrina, discusiones que, justamente, ha retomado el legislador si los reconoce en un código, en un estatuto especial o en una ley⁸¹.

Esos procesos de adecuación normativa por vía legal muestran un intento del legislador (sean comisiones que estructuran un Código, o un estatuto o una

81 La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia de trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002). Expediente No. 6462, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo), en referencia a las escasas normas que tratan el tema del leasing como negocio atípico, y en particular al Decreto 913 de 1993, encuentra que: "... como el legislador -rigurosamente- no se ha ocupado de reglamentar el contrato en cuestión, mejor aún, no le ha otorgado un tratamiento normativo hipotético, al cual, "cuando sea del caso, habrá de adecuarse la declaración de voluntad de las personas, para aplicarle la regulación prevista en la regla general" (cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817), es menester considerar, desde la perspectiva en comento, que el leasing es un negocio jurídico atípico, así el decreto aludido, ciertamente, le haya conferido una denominación (*nomen juris*) y se haya ocupado de describir la operación misma, pues la atipicidad no se desdibuja por el simple rótulo que una norma le haya dado a aquel (sea ella tributaria, financiera, contable, societaria, etc.), o por la mera alusión que se haga a algunas de sus características, como tampoco por la calificación que *-expressis verbis-* le otorguen las partes, si se tiene en cuenta que, de antiguo, los contratos se consideran preferentemente por el contenido -prisma cualitativo- que por su nombre (*contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur*). Incluso, se ha entendido que puede hablarse de contrato atípico, aún si el legislador ha precisado alguno de sus elementos, en el entendido, ello es neurálgico, de que no exista una *regulación autónoma*, propiamente dicha, circunstancia que explica, al amparo de la doctrina moderna, que puedan existir contratos previstos, pero no disciplinados."

La Sala pasa a examinar cuáles son los dispositivos normativos aplicables a los contratos atípicos, bajo la premisa de que las relaciones contractuales suponen la autorregulación con el fin de lograr sus objetivos dentro del marco del orden público (artículos 1602 del Código Civil, 824 y 864 del C. de Comercio, indicando que: "No en vano, la disciplina que corresponde a los negocios atípicos está dada, en primer término, por "las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público"; en segundo lugar, por "las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes a todas las obligaciones y contratos, (asi) como las originadas en los usos y prácticas sociales" y, finalmente, ahí sí, "mediante un proceso de auto integración, (por) las del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante" (cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817), lo que en últimas exige acudir a la analogía, como prototípico mecanismo de expansión del derecho positivo, todo ello, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales, como informadores del sistema jurídico."

ley), por adecuar, a través de la tipificación legal del contrato, como sucede en el caso del negocio fiduciario, una serie de elementos, que se reconocen como necesarios en términos de estructura, reglas y vicisitudes del contrato frente a las condiciones que se ofrecen en el derecho privado colombiano, como por ejemplo, las ya mencionadas discusiones sobre las clases de propiedad derivadas del *trust* anglosajón frente a la concepción de la propiedad o dominio que se estructuran a partir de la codificación civil colombiana, con el fin de que la adopción del molde contractual sea la más conveniente para su uso.

Ese conjunto de discusiones resulta fundamental para la comprensión de la expresión o idea del legislador sobre el negocio y su funcionamiento. Sin embargo, como lo muestra la diacrónica efectuada, los elementos tipificados por el legislador, una vez entran a ser parte de las reglas del mercado, son sometidos normalmente a una serie de discusiones y enfrentamientos doctrinales con su práctica y uso cotidianos, discusiones que van a aumentar los marcos mismos de la comprensión del negocio tipificado y, por lo tanto, de su interpretación (North, 2006). Esto supone, a su vez, un nuevo esfuerzo por corregir los defectos, las salidas de cauce en el uso de los términos legislados, que lleva implícita una respuesta directa frente a lo propuesto institucionalmente, esfuerzo que hace parte del conjunto de materiales del constructo interpretativo privatista. Este conjunto de dinámicas puede corresponder al material analizado por los jueces, por las autoridades administrativas, así como por la doctrina misma. Material que debe ser recaudado y analizado minuciosamente si se quiere hacer una dogmática fina sobre la materia.

En los dos capítulos anteriores se observó cómo la introducción legal de la fiducia produjo de inmediato una serie de reacciones acerca de lo que se consideraba como más conveniente sobre su tratamiento y comprensión. El caso de la fiducia pública se encuentra muy de cerca con estos planteamientos, teniendo en cuenta, que la respuesta fue la de abrir un nuevo marco institucional a partir de las consideraciones acerca de lo que se considera correcto en el entorno de la contratación pública frente al manejo fiduciario. Como se mostrará, en el marco de la contratación estatal y de la fiduciaria se observan dos aspectos sobresalientes: en primer lugar, un proceso de discusión a lo largo de los años sobre qué es lo más conveniente en materia del contrato estatal, en donde el panorama se mueve desde la regulación insular inicial de algunas formas contractuales cimentada en el debate acerca de los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la administración, hasta llegar al régimen dispuesto en el Decreto – Ley 222 de 1983, en el cual se hacen determinaciones específicas generales sobre

los contratos públicos y su determinación, período en el cual hay una profunda discusión sobre las reglas del derecho privado de los contratos y su aplicación en el ambiente público, que se muestran, entre otras, con las críticas elevadas frente al contrato de fiducia en la esfera de lo estatal, hasta llegar a una serie de acuerdos que se determinan en el nuevo régimen de contratación estatal dispuesto con la Ley 80 de 1993. En materia de fiducia, este nuevo régimen hace que se abra una discusión constitucional sobre la estructura presentada en la ley en torno de la fiducia y el encargo fiduciario públicos, discusión aparentemente resuelta en la sentencia C- 086 de 1995, proferida por la Corte Constitucional de Colombia. En este punto resulta fundamental resaltar que la sentencia mencionada trae consigo un debate sobre la estructura del contrato de fiducia reconocido desde el derecho privado, para intentar conciliar el asunto con los nuevos requerimientos del derecho público en materia contractual.

3.2 Hacia la construcción del Estatuto de Contratación Estatal

Para abordar el tema fiduciario en materia estatal resulta necesario resaltar el esfuerzo del legislador por construir marcos normativos acordes con los requerimientos propios de la gestión pública en el país. Si bien en materia de contratación fiduciaria se establecen dos momentos en la ruta de trabajo como determinantes de la discusión formal: la expedición del Decreto - Ley 222 de 1983 y el cuerpo normativo producto de la Ley 80 de 1993, el proceso mismo de formación de un conjunto de reglas para la contratación estatal ofrece el recaudo de una serie de discusiones académicas muy profundas relacionadas con las condiciones que se deben observar en materia de contratación pública y con la definición de los principios especiales para la contratación.

El profesor Rodríguez (1985) considera que el primer estatuto para la contratación pública fue el Decreto Ley 150 de 1976, expedido durante la administración de Alfonso López Michelsen, por incorporar de manera formal la sistematización de reglas sobre la contratación estatal que implicó además aunar una serie de mandatos legales, dispersos de años anteriores, que fueron delineando el contexto de lo que se consideraba por el legislador como conveniente en el conjunto de exigencias para este tipo especial de contratos⁸².

82 Rodríguez (1985) explica que ese recaudo de normas tuvieron en cuenta principalmente lo dispuesto en el Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912), las disposiciones de la Ley 61 de 1921, sobre licitación pública para la “adquisición de toda clase de materiales para los diversos ramos del sector público” (p. VII), la Ley 106 de 1931 sobre licitaciones en el campo de correos nacionales, el Decreto Extraordinario 2880 de 1959, que preveía reglas sobre licitación pública, las leyes 4 de 1964 y 36 de 1966 que introducen la cláusula de caducidad en los contratos de obra pública y los decretos extraordinarios 2370 de 1968 y 3130 de 1968 que introducen cláusulas exorbitantes en los contratos estatales.

Como se recuenta en la exposición de motivos del proyecto de ley de contratación de la administración pública, hoy Ley 80 de 1993⁸³, al referirse a los orígenes del Decreto Ley 150 de 1976, se consideraba en el país que los contratos estatales debían regirse por reglas propias del derecho público por lo que en consecuencia “...era necesario desterrar los postulados de la autonomía de la voluntad y del contrato acto generador de leyes particulares...” (Betancur, 1995, p. 99). Frente a lo cual el expositor agrega que: “...el estatuto de 1976 había caído en la trampa de llevar a la ley aquello que debió estar en las meras reglas y prácticas cambiantes de la administración y por ello bien pronto se tornó desueto y conflictivo” (Betancur, 1995, p. 99-100).

Todo el recaudo de la problemática que rodeaba la contratación estatal para la época, lleva a que se expida por el Congreso una ley de facultades extraordinarias para que el Gobierno reglara la materia, esa ley es la Ley de Facultades 19 de 1982,⁸⁴ que recogió los principios y reglas que debían tenerse en cuenta para expedir una legislación en materia de contratación pública, que superara los defectos encontrados en el Decreto de 1976, y que conduce a la expedición del Decreto 222 de 1983. Explica Rodríguez (1985) que:

“La experiencia adquirida con la vigencia de tal estatuto⁸⁵ dio margen para que el 16 de 1980 el gobierno por conducto de su ministro de Obras Públicas, Vargas Ramírez, presentara a la consideración del Congreso el proyecto de ley No. 75 para obtener facultades extraordinarias a fin de modificar parcialmente dicho decreto agilizando así sus trámites” (p. X).

Al amparo del Decreto 222 de 1983 subyace la diferencia entre contratos administrativos y contratos de derecho común, siendo estos últimos contratos de derecho privado de la administración sometidos al derecho privado y, por lo tanto, reglados según la estructura y los dispositivos para ellos previstos en las legislaciones civiles y mercantiles. Mientras que los contratos administrativos siguen reglas propias que son características de los dispositivos públicos en materia de contratación, tales como los principios de terminación unilateral de

83 La exposición de motivos fue presentada ante el Congreso por el Ministro de Obras Públicas y Transporte de la época, Jorge Bendeck Olivella. Su texto completo, así como la historia de la norma se puede consultar en el libro *Nuevo Estatuto general de la contratación administrativa*, del profesor Jaime Betancur Cuartas (1995), que compila la documentación y legislación complementaria sobre la materia. Sin embargo, la exposición de motivos puede encontrarse en la página web de la alcaldía de Bogotá, en el siguiente link: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

84 Publicada en el Diario Oficial No. 35.937 de 3 de febrero de 1982. Ley “Por la cual se definen nuevos principios de los contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976 y se dictan otras disposiciones”.

85 Hace referencia al Decreto Ley 150 de 1976.

los contratos, la modificación e interpretación unilateral, cláusula de caducidad, entre otros⁸⁶.

En la exposición de motivos de la hoy Ley 80 de 1993, el ministro Bendeck Olivella⁸⁷ considera que los intentos de reforma logrados hasta la fecha buscaban subsanar los problemas de los estatutos anteriores, pero sin lograr una legislación contractual que tuviera en cuenta su categoría autónoma, por lo que gran parte del esfuerzo intelectual se concentró en buscar las diferencias entre el contrato estatal frente al derecho privado. “Adicionalmente, la administración se vio rodeada de obstáculos y pleitos que la obligaron a buscar atajos para sustraerse de la contratación pública” (Betancur, 1995, p. 100).

En ese sentido, partía de la base de que la nueva legislación debía tener en cuenta que “...no deben encasillarse en la ley las mecánicas administrativas, por esencia cambiantes” (Betancur, 1995, p. 101), ni mantener requisitos legales en los contratos públicos que aumentaran los costos estatales y que, por el contrario, debía conferirle una mayor autonomía a la administración, para buscar flexibilidad en la forma de lograr los acuerdos, por lo que en la ley “...deben defenderse los derechos del administrado contratista retornando el contrato a su noción original y despojando a la administración de un cúmulo de privilegios y de facultades omnímodas e innecesarias” (Betancur, 1995, p. 101), y con ello hacer de la contratación estatal “...un acto de justicia y responsabilidad para las partes involucradas” (Betancur, 1995, p. 101).

Para lograr la universalidad del estatuto de contratación estatal se debía partir de la sistematización de las reglas y principios de la contratación desde dos premisas que lo hacen viable: el postulado de la autonomía de la voluntad y el interés público envuelto en la contratación estatal. Estas premisas fortalecen la autonomía para el acuerdo dando “...plena aplicabilidad de las disposiciones civiles y comerciales en materia contractual” (Betancur, 1995, p. 108), que parten de considerar que el contrato es una ley para las partes y que, por lo tanto, éstas pueden autorregularse, autonomía limitada por el interés público presente en las cláusulas excepcionales de los contratos de la administración.

86 Rodríguez (1985) considera que a partir de la expedición del decreto 222 de 1983, se encuentran cuatro tipos de contratos distintos en el ámbito de lo público: “a) Contratos administrativos sometidos al régimen previsto en el D. E. 222 de 1983; b) Contratos administrativos “de explotación de bienes del Estado” que “se rigen por las normas especiales sobre la materia” (art. 16, parágr.), y que son generalmente los de derecho minero; c) Contratos de derecho privado con cláusula de caducidad y régimen de derecho público para los actos administrativos que generen (Ley 19 de 1982; art. 6), y, d) Contratos de derecho privado con régimen exclusivo de derecho común” (p. XII)

87 En el trabajo compilatorio de Betancur (1995), se transcribe en forma completa la Exposición de Motivos presentada por el ministro Bendeck Olivella, que aquí se cita en apartes, ver: (p. 100 -111).

“De modo que el proyecto de ley trata de lograr que la relación contractual sobre la autodeterminación y la autovinculación de las partes, esto es, que el postulado de la autonomía de la voluntad constituya la fuente principal de los efectos que regirán la ejecución el contrato dentro del respeto que impone la igualdad de oportunidades que se traduce en el acatamiento de las condiciones impuestas en los pliegos de condiciones, términos de referencia y demás cuadernos de requisitos para la selección y sin perjuicio, claro está, de imperativos de ineludible cumplimiento que se apoyan en la necesidad de preservar el interés colectivo que en materia de contratación estatal resulta ser un valor de importancia significativa”. (En: Betancur, 1995, p. 109-110).

En este punto es conveniente resaltar que la propuesta legislativa reconoce la dificultad de diferenciar los contratos en el ámbito de lo público frente a régimen de los contratos de derecho privado con el fin de determinar una categoría única para el manejo del tema, por lo que, para unificar, se recupera el criterio de la autonomía de la voluntad como columna vertebral del sistema de contratación, acompañado de reglas que buscan proteger el interés colectivo y que tienen en cuenta el objeto del contrato y los fines estatales, permitiendo recoger la amplia tradición jurídica del derecho privado. (Betancur, 1995, p. 111).

Un asunto importante a tener en cuenta es que el Estatuto de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, es por sí mismo un verdadero esfuerzo de los especialistas de la época por construir a partir de los principios contractuales de la autonomía privada, del interés público y de los fines del Estado, un cuerpo unificado de reglas para la contratación administrativa, uniforme y universal, que no desconociera la tradición jurídica del derecho privado, pero que tuviera en cuenta los caracteres que son propios de los requerimientos públicos en materia de contratación y, en ese sentido, brindando mayor agilidad que permita equilibrar los procedimientos y formas que exigía el anterior Decreto Extraordinario 222 de 1983, con instrumentos más adecuados para la verificación de la eficacia contractual.

De esta forma se abandonaba la discusión que ataba el esquema de la contratación estatal a dos discursos típicos de la época que enrarecían el ambiente de trabajo legislativo: considerar que lo estatal es ineficiente frente al contexto de los mecanismos contractuales que operan en el ámbito privado y la consideración de que hay siempre que tener en materia de contratación pública desconfianza frente al contratista.

De otra parte, se reviste al contrato de una forma única, teniendo en cuenta la tradición jurídica y las reglas propias del ámbito de lo estatal, como son, por ejemplo, los procesos de selección, las cláusulas excepcionales, entre otros, con el fin de superar la distinción que ocupaba a la academia y a los jueces acerca de las diferencias entre el contrato estatal y el contrato de derecho privado de la administración, permitiendo unificar criterios de carácter legal, orgánico o subjetivos, usados en contextos anteriores, para ahondar con la distinción, tal y como se menciona en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, y, por lo tanto, acogiendo dentro de las fórmulas contractuales contratos atípicos o innominados, reglas contractuales específicas y contratos civiles o mercantiles tradicionales, siempre con un denominador común: la égida de lo público con sus reglas estatutarias de contratación. Opina Benavides (2004) sobre el particular:

La Ley 80 es más que un simple esfuerzo de perfeccionamiento del régimen precedente. Tanto el proyecto de ley presentado por el Gobierno como los debates parlamentarios se esforzaron por demostrar como la evolución legislativa contractual no había producido los efectos queridos pese a la intención de los textos. El desafío de la Ley 80 era entonces transformar profundamente un sistema que de reforma en reforma se volvió denso en extremo, enredado e ineficaz. El peso de los controles, el reglamentarismo y los procedimientos generaron un contrato que se alejaba artificialmente del contrato civil. El exceso de derecho público habría así suprimido a los contratos de la administración su naturaleza contractual. (p. 89).

3.3 El debate acerca de la fiducia en el contexto de lo público

El debate sobre el negocio fiduciario en materia de contratación pública inicia estando en vigencia el Decreto 222 de 1983, y si bien tiene varias aristas en su planteamiento, dos son los puntos principales que aparecen desde la esfera de lo público frente a lo privado, de una parte, la fiducia no aparece enlistada dentro de los contratos de la administración⁸⁸ y, por lo tanto, no se encuentra

88 En efecto, el estatuto en su artículo 16, establecía sobre la clasificación y naturaleza de los contratos, el listado de los contratos públicos de la administración en los que se encontraban los siguientes: concesión de servicios públicos, obras públicas, prestación de servicios, suministros, interadministrativos internos que tengan el propósito similar a los anteriores citados, de explotación de bienes del Estado, de empréstito, de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE, de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo y los contratos "...que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales". Agregaba la norma que "Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad".

sujeta a sus reglas, al ser un contrato de derecho privado de la administración. En consecuencia, la contratación fiduciaria no se encuentra sometida a las reglas previstas en materia administrativa como son las relativas a la etapa previa de la contratación, los pliegos de condiciones, los procesos de licitación y la escogencia de acuerdo con los criterios legales, del mejor postor, por lo que su contratación era directa. En segundo lugar, el efecto patrimonial natural del contrato de fiducia, es decir, la conformación de un patrimonio autónomo, conllevaba la entrega y, por consiguiente, la enajenación para el desarrollo de los fines previstos en el contrato, de los recursos públicos fideicomitidos, lo que en términos prácticos significa que una entidad financiera podía, en desarrollo de la fiducia y con los criterios previstos en el contrato, manejar los recursos públicos, enrareciendo temas tales como la fiscalización y control de los bienes ahora administrados por una sociedad fiduciaria.

Gómez Lee (2014) observa que el contrato de fiducia permitía en muchos casos eludir, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, el sistema de trámites propios de la contratación pública para la ejecución de obras y adquisición de bienes y servicios. Esto resultaba posible por razón de la naturaleza de la fiducia, en la medida en que la ejecución de los cometidos previstos en el contrato autorizan la administración de recursos, y porque al encontrarse esta modalidad contractual sujeta al régimen de contratación directa, resultaba propicia para desarrollar todo objeto de encargos, incluso los que se encuentran dentro del marco de las exigencias del Decreto mismo. En su trabajo, Gómez (2014)⁸⁹ cita el concepto de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, de 30 de septiembre de 1988⁹⁰, en el que se advierte que la fiducia hace del fiduciario ejecutor de los presupuestos del Estado en detrimento de normas sobre ejecución y ordenación del gasto y que, con estos contratos, se “...burlaban las normas que gobernaban la contratación pública bajo el argumento de que la contratación se había desplazado del régimen público al privado con ocasión del contrato fiduciario” (p. 17 -18). En igual sentido, el ministro Bendeck, en la presentación de motivos del proyecto

89 La preocupación por el tema era generalizada. Se pueden resaltar trabajos sobre la materia en vigencia del Decreto 222 de 1983: Cediell (1991), Manrique (1991), Castrillón (1991) y Montes (1991), en todos ellos hay dos tipos de preocupaciones, una de orden privatista tradicional: cómo mantener el esquema de la fiducia mercantil y de los patrimonios autónomos en materia pública y el otro, consistente en las dificultades que se ofrecían por la contratación fiduciaria en materia pública, sin que existieran reglas claras, en particular sobre su fiscalización y sobre el uso de presupuestos cuya ejecución corresponde al ejercicio de lo público.

90 Este Concepto es permanentemente citado para explicar los problemas de la fiducia mercantil en la esfera de lo público, Rengifo García (1998), por ejemplo, extracta la problemática derivada del concepto en la extralimitación de funciones del administrador al transferir recursos públicos a la esfera privada, junto con los inconvenientes derivados de la ejecución de lo que por mandato legal le corresponde al servidor público y a la delegación en la ejecución del presupuesto, así como a los costos del contrato de fiducia y al hecho de que no se puede intermediar en la ejecución de la contratación. (p. 214)

de ley, citaba el informe técnico de marzo de 1989, de la Contraloría General de la República, en el que se mostraba como el mayor número de contratos de obra pública se hacían por vía de la contratación directa (de 1380 contratos, 880 eran contratados por esta vía) (Betancur, 1985, p. 100).

Esta preocupación era evidente a finales de los años ochenta y principios de los noventa. Fajardo (1991), por ejemplo, parte de considerar que la fiducia pública no existe en Colombia y acoge la teoría de que cuando se constituye un fideicomiso, no es posible aplicar los criterios objetivos y subjetivos para determinar si se trata de fiducia pública o privada, pues al existir un patrimonio autónomo, ha habido enajenación de los bienes, no hay propietario y por ello no se puede calificar la naturaleza del titular ni de los bienes entregados (p. 99). Luego agrega que los contratos de la administración son de tres especies: contratos administrativos, contratos de derecho privado y contratos interadministrativos, para indicar que:

“...es preciso reafirmar que el calificativo de pública que puede predicarse respecto de la Fiducia, no le confiere ninguna de las características reservadas para los contratos de Derecho Público, como quiera que en nuestro sistema jurídico tal clasificación responde exclusivamente al criterio legal y por ello se tienen por administrativos los contratos que el legislador califica de tales, como el caso del Artículo 16 de Decreto Ley 222/83 en cuyo listado no figura el contrato de fiducia y por ello debemos atenernos a la última parte de esa misma norma a cuyo tenor, los demás contratos, es decir, los no enlistados, son contratos de Derecho Privado de la administración” (p. 101).

En igual forma, Fajardo (1991) reitera, a partir del concepto de Septiembre 30 de 1988 de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, que no existe autorización legal para que “...los entes oficiales sujetos a las disposiciones del estatuto orgánico del presupuesto, puedan celebrar contratos de fiducia con las entidades autorizadas para desarrollar tales actividades” (p. 106).

En la ponencia para segundo debate en la Cámara del proyecto de Ley 205 de 1992 (Betancur, 1995), se deja relación de las modificaciones introducidas en el proyecto en primer debate, entre las que se encuentran restricciones al contrato de fiducia, en la explicación de las modificaciones, se observa que:

“Las Comisiones Cuartas conjuntas de Senado y Cámara previo estudio de una subcomisión, estuvieron de acuerdo en la necesidad de

restringir la utilización de este mecanismo de contratación por parte de las entidades estatales, toda vez que se ha prestado en muchos casos para pretermitir las normas sobre licitaciones o concursos y otros requisitos de la contratación pública...” (p. 171)

Luego de anotar que las comisiones discutieron la posibilidad de prohibir la celebración de contratos de fiducia en el ámbito público se explica que decidieron acoger:

“(...) restricciones y controles entre los cuales se destaca la obligación de seleccionar a la entidad fiduciaria mediante licitación y concurso, lo cual se entiende sin perjuicio de las normas generales en materia de cuantías y urgencias manifiesta. Sobre el particular debe resaltarse igualmente que teniendo en cuenta que las entidades públicas no pueden delegar la ordenación de gastos en otras entidades, se establece la restricción según la cual aquellas no pueden delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebran a desarrollo del encargo o de la fiducia mercantil” (Betancur, 1995, p. 171).

Se encuentra, entonces, que la fiducia mercantil, luego de los conceptos emitidos por la Contraloría General de la República, bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, fue revisada, en principio, con el fin de solucionar los problemas de desviación de la función pública, delegación de la ordenación del gasto en materia presupuestal, junto con lo que significaba el hecho de la enajenación de recursos del erario público y la constitución de un patrimonio autónomo, esto, justamente, para establecer restricciones que permitieran su uso adecuado, encauzando el contrato dentro de los postulados propios de la contratación administrativa. Sin embargo, como se verá, la solución propuesta llevó a conclusiones muy distintas frente a la estructura del negocio en el ámbito mercantil.

3.4 La fiducia pública y el Estatuto de Contratación Estatal

La sombra de duda que recae sobre la fiducia mercantil en materia de contratación pública lleva al legislador de 1993, a precaver una serie de restricciones que cambian los contenidos estructurales propios del negocio fiduciario reconocidos en el Decreto 410 de 1971. Si bien con el nuevo estatuto de contratación pública se realzó la importancia de reconocer la tradición jurídica

del Derecho Privado en materia de contratos, al enfatizar sobre la autonomía para establecer los acuerdos y reconocer la posibilidad de que se retomaran moldes contractuales no incorporados al estatuto⁹¹, el velo de duda sobre la fiducia conllevó el planteamiento de una estructura que fuera adecuada a los asuntos públicos, aun cuando su ejecutor continuaran siendo las sociedades fiduciarias.

En efecto, la Ley 80 de 1993⁹², “por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública” (en adelante EGCA) incluyó por vez primera en materia de contratación al negocio fiduciario denominándolo encargo fiduciario público y fiducia pública (artículo 32 No. 5). Este hecho encendió un debate muy interesante en el Derecho Privado colombiano en la medida en que viró la atención en torno a la estructura del negocio mismo y a sus posibilidades de realización y ejecución.

Para entender la dinámica de la discusión que viene a ser zanjada por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-086 de 1995, conviene revisar los elementos estructurales del contrato fiduciario derivados de los contenidos dispositivos del Código de Comercio colombiano, así como los elementos propios del encargo fiduciario.

Como ya se explicó en el capítulo anterior, el contrato de fiducia mercantil tiene tres elementos esenciales que determinan su estructura. El elemento personal, a partir del cual solo las sociedades fiduciarias por su conocimiento técnico en la realización del negocio, realizan la administración del negocio encomendado a partir de su especial calificación financiera en la materia, en ese sentido, sólo las sociedades de fiducia, como entidades que prestan servicios especializados en la materia, autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, pueden realizar eficazmente negocios de fiducia en el país, cualquiera sea su molde o clasificación. En segundo lugar, un elemento teleológico o finalidad, que supone el acuerdo sobre los objetivos o contenidos de la administración, acuerdo que debe

91. Los artículos 13 y 14 de la Ley 80 de 1993, permiten responder acerca de qué normas son aplicables a la contratación estatal. El primero establece que les son aplicables “...las disposiciones mercantiles y civiles pertinentes, salvo las materias reguladas en la presente ley”. El artículo 14 confiere instrumentos para que las entidades estatales puedan lograr, con la celebración de sus contratos, los fines de la administración. En ese esquema se prevé la aplicación de cláusulas excepcionales en los contratos estatales tales como la de caducidad, interpretación, terminación y modificación unilaterales, cláusulas que se entienden incorporadas en los contratos de obra, en los contratos cuyo objeto sea la prestación o explotación de servicios públicos y en los contratos de concesión de bienes estatales, así como la posibilidad de pactarlas o incorporarlas a los contratos de suministro y de prestación de servicios. (No. 2, artículo 14, Ley 80 de 1993). En ese sentido el artículo 32 de la misma ley indica que “los contratos estatales son todos los actos jurídicos que celebren las entidades estatales “...previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de la autonomía de la voluntad...”

92. Ley 80 de octubre 28 de 1993, publicada en el Diario Oficial No. 41.094, del 28 de octubre de 1993.

encontrarse determinado en forma clara en el contrato. La finalidad prevista en el contrato es la razón que permite dar soporte al tercer elemento estructural del negocio: el elemento patrimonial. El elemento patrimonial tiene dos dimensiones: (i) para que se pueda realizar el cometido previsto, se deben enajenar los bienes entregados en fiducia, lo que permite, en consecuencia, (ii) la conformación de un patrimonio autónomo. Patrimonio que administra la sociedad fiduciaria y, en uso de la nueva terminología legal, patrimonio del cual es vocero.

De esta forma se puede observar cómo el patrimonio autónomo no cuenta con un titular definido del derecho de propiedad porque los activos no forman parte de los bienes del constituyente o fideicomitente, pues éste los ha enajenado; no pertenecen al fiduciario, por prohibición expresa de la ley, que establece que ha de mantenerlo separado de su activo; y, por último, no pertenecen al beneficiario, porque sus derechos se determinan en función de las rentas o resultados que se indiquen en el acuerdo fiduciario y no en función de la propiedad de los bienes entregados en fiducia. De otra parte, la estructura del encargo fiduciario, derivado de los mandatos o encargos de confianza previstos en la Ley 45 de 1923, a diferencia de lo que es característica estructural del contrato de fiducia mercantil, sólo se acuerda en función de la administración fiduciaria y, por lo tanto, no conlleva la enajenación de bienes o derechos y en consecuencia no se forma un patrimonio autónomo, por lo que en su estructura solo aparecen los elementos personal y teleológico del negocio fiduciario mercantil.

El EGCA, en el numeral 5 del artículo 32, incorporó en el listado de contratos estatales al encargo fiduciario y a la fiducia pública. Para cualquier privatista de la época, esto supondría, en principio, que la regulación legislativa recaudaría los elementos estructurales mencionados propios de los dos contratos, sin embargo, las restricciones incorporadas en la norma, recogieron las inquietudes de la Contraloría General de la República para adecuar el negocio a lo que se consideraba como conveniente en la contratación administrativa.

En relación con el encargo fiduciario público el legislador lo restringió a contratos que tengan “por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren” (Artículo 32, No. 5, inciso 2), y sobre la fiducia pública indicó que:

“...nunca implicará la transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias

del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.” (Artículo 32, No. 5, inciso 8.).

Antes de revisar otras restricciones previstas en el EGCA, y para determinar los puntos en discusión, es necesario resaltar que legislador del 93 no definió el encargo fiduciario ni la fiducia pública, tan solo indicó la restricción para el objeto contractual del encargo fiduciario público y la prohibición sobre la enajenación de recursos del estado a título de fiducia pública y la subsiguiente formación del patrimonio autónomo.

Esto causó perplejidad inicial en el ambiente privatista pues se consideró que la fiducia pública prevista en el EGCA, al no permitir la transferencia de bienes y la formación del patrimonio autónomo, desnaturalizaba la concepción que en materia comercial se tenía del contrato de fiducia. Las razones que motivan este argumento resultan muy sencillas si se revisan los elementos estructurales del contrato de fiducia mercantil: si se sustrae la enajenación de bienes para la conformación de un patrimonio autónomo del negocio fiduciario, faltaría un elemento esencial del mismo y, en consecuencia, el contrato de fiducia mercantil no podría existir, por lo que, en aplicación del artículo 1501 del Código Civil y del 898 del Código de Comercio, el contrato que resulta y aparece, dado que solo se cuenta con los elementos personal y teleológico, es el de encargo fiduciario. Para el *ius privatista* esto resulta equivalente a decir que, en materia de contratación administrativa, la regla general consiste en la prohibición de contratar fiducia mercantil, en ese campo solo tendrían cabida los encargos fiduciarios.

El problema se puede expresar de la siguiente manera: el artículo 1501 del Código Civil establece los elementos que estructuran un contrato como elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales al mismo. Los elementos esenciales los describe como aquellos sin los cuales “... o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente”. A su vez el artículo 898 del Código de Comercio dispone en el inciso segundo, que será inexistente el negocio jurídico si faltan las solemnidades sustanciales exigidas por la ley para el contrato y “...cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.

Sobre el tema explica Bohórquez (1998), que:

La norma nos sugiere un ejercicio mental que es preciso realizar para poder determinar si un elemento en un contrato o en general, en un

negocio, es o no esencial: el ejercicio consiste en quitar el elemento hipotéticamente y observar las consecuencias; si al prescindir de él la especie de contrato en particular que esté bajo análisis deja de ser tal, el elemento es esencial; por el contrario, si la especie de contrato se mantiene incólume, el elemento no tiene esa calidad. (p. 56-57)

El mismo autor agrega que la expresión del artículo 1501 del Código Civil “...o degenera en otro contrato diferente”, quiere decir “(...) que el negocio como la primera especie que se quiso crear pero que es posible, si sus elementos se adecuan y si las partes querían celebrar esa otra, que el contrato, se transforme en otra figura” (p. 57).

Esta fórmula propia de la dogmática del derecho privado explica el problema que se describe: siguiendo la metodología del profesor Bohórquez (1998), si la fiducia mercantil supone la presencia de tres elementos esenciales, uno de los cuales es la transferencia del dominio de bienes para la conformación de un patrimonio autónomo y el EGCA prohíbe éste último, la consecuencia es la ineficacia de la fiducia mercantil por inexistencia. Así mismo, como las partes quieren un celebrar un negocio de administración fiduciaria y éste no cuenta con el elemento patrimonial, el negocio “degenera” en un encargo fiduciario.

Un análisis similar es el de los profesores Quintero y Mutis (1995), quienes hacen un llamado a los elementos estructurales del contrato definidos en el artículo 1501 del Código Civil para observar lo que queda aplicando las restricciones que se consignan para los encargos fiduciarios y la fiducia públicas en el EGCA. De esa comparación coligen que lo que aparece es una forma contractual nueva parecida al contrato de encargo fiduciario y agregan:

Por eso se dice que la Ley 80 desnaturaliza por completo este contrato y que en tales condiciones, la pretendida fiducia no es otra cosa que un encargo fiduciario (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, arts. 29 y 146), figura que se caracteriza por no conllevar la transferencia del dominio, lo que termina asimilándola en sus efectos al simple mandato mercantil. (p. 140).

Es importante enfatizar que de las discusiones presentadas en el Congreso y que constan en las actas, la idea del legislador es solucionar los problemas encontrados por la Contraloría General de la República y dentro de ese marco, en principio, lo que se buscaba era restringir el negocio fiduciario y condicionarlo con el fin de que

con su celebración no se pretermitiera ninguna de las exigencias que son naturales a la contratación administrativa. Desde el principio de la redacción del numeral 5 del artículo 32, sobre encargo fiduciario y fiducia públicas, se hacen evidentes las limitaciones propuestas por el legislador: Lo primero que se encuentra en el EGCA, es que si una entidad estatal quiere contratar fiducia requiere de autorización legal, de la asamblea departamental o del consejo municipal, restricción que, como se estudiará adelante, la Corte Constitucional, en la sentencia citada, consideró inexecutable.

El EGCA prohíbe delegar al fiduciario:

“...la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública” y dispone que la remuneración no puede devengarse de los rendimientos derivados del contrato de fiducia salvo que éstos se hayan así presupuestado, agrega, además, que los encargos fiduciarios y la fiducia pública solo pueden celebrarse con sujeción a lo dispuesto en el EGCA, con objetos y plazos “precisamente determinados” (Artículo 32, Numeral 5, inciso 3).

Al preguntarse ¿qué significa que los contratos deben celebrarse de acuerdo con lo dispuesto en el EGCA? La respuesta que se encuentra es que los contratos de fiducia y encargo fiduciarios públicos se encuentran dispuestos dentro de los marcos de los fines de la contratación estatal, que se aplican a ellos los derechos y deberes de los contratistas y entidades estatales, las normas sobre registro de proponentes, los principios de la contratación estatal, los criterios de selección objetiva y procedimientos de selección, las reglas sobre forma, contenido y perfeccionamiento de los contratos estatales, entre otras de las disposiciones especiales que buscan la universalización de los elementos propios de la contratación administrativa. Esto significa, reiterando, que “La selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en la ley” (artículo 32, No. 5, inciso 5), y que se encuentra sujeto al cumplimiento de las disposiciones fiscales, de interventoría y control y presupuestales pertinentes.

En relación con la fiducia pública el EGCA agrega que le es aplicable la normativa sobre fiducia mercantil en lo que sea compatible con el estatuto (Artículo 32, No. 5, inciso 8). El esquema de su compatibilidad debe entenderse referido a lo pertinente a la administración fiduciaria, es decir, a la determinación del acuerdo, a su ejecución y a su terminación, en la medida en que el elemento patrimonial no

es un supuesto de la fiducia pública, quedando dispuesta tan sólo dos excepciones en el artículo 41, parágrafo 2, del EGCA, para la posibilidad de fiducias con patrimonios autónomos: la constitución de patrimonios autónomos cuando se trate de procesos de titularización de activos e inversiones y cuando los recursos se encuentren “destinados al pago de pasivos laborales”⁹³.

Por último, las disposiciones especiales del EGCA sobre fiducia y encargo fiduciarios resaltan el control general previsto en la legislación, que autoriza a la entidad estatal contratante frente la sociedad fiduciaria a exigir los informes y a revisar como forma de control, la gestión de los cometidos acordados (artículo 32, No. 5, inciso 7). Estas normas especiales a su vez prohíben la celebración de contratos de encargo fiduciario o fiducia pública para el manejo de auxilios o donaciones a personas naturales o jurídicas por parte de cualquiera de las ramas u órganos del poder público en el país, de acuerdo con lo previsto en el artículo 355 de la Carta Política. Caso en el cual, se prevé, además de la nulidad del contrato, la repetición contra el adjudicatario del negocio (artículo 32, N. 5, inciso 9).

3.5 La revisión constitucional de 1995 y la estructura del negocio fiduciario frente a la fiducia pública en Colombia

En el contexto de la discusión sobre la estructura de los negocios de encargo fiduciario y fiducia pública frente a la fiducia mercantil se presentaron dos demandas de constitucionalidad contra el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que fueron resueltas por la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 1995, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa. La primera demanda interpuesta fue presentada por los ciudadanos Juan Carlos Botero y Carlos Eduardo Manrique. Los cargos contra la norma se concentran en los siguientes aspectos: (i) la exigencia del EGCA de una ley, acuerdo u ordenanza para que las entidades estatales puedan contratar negocios va en contravía de los principios de eficacia y celeridad del Estatuto, lo que hace en la práctica imposible la contratación fiduciaria en materia pública; (ii) someter a los contratos de fiducia y encargo fiduciario públicos a procesos de licitación o concurso de méritos y reducir la contratación del encargo fiduciario al pago de otros contratos hace más difícil la contratación y reduce las

93 Sin embargo, el profesor Gómez Lee (2014) hace una completa relación de las varias excepciones (18 casos previstos en leyes y decretos reglamentarios especiales) en materia de contratación estatal para la celebración de negocios fiducia pública en que se permiten enajenación de recursos y constitución de patrimonios autónomos (p. 30-31), situaciones que amplían el marco dispositivo del EGCA y que muestran la necesidad de los patrimonios autónomos en casos en que por la naturaleza del negocio se hace indispensable. Esto lleva a preguntarse si la regla general prohibitiva de la enajenación de recursos y constitución de fiducia pública en realidad se requería en materia de contratación de fiducia pública.

posibilidad del negocio fiduciario; (iii) impedir que las fiduciarias se paguen sus honorarios del producto de su gestión estableciendo un sistema de pagos contra presupuestos hace más difícil la contratación; (iv) las restricciones a los negocios fiduciarios que contiene el artículo 32 del EGCA, hacen que se reduzca el servicio fiduciario; así mismo, impedir los patrimonios autónomos en los negocios de fiducia pública implica perder beneficios que representa la estructura del contrato mercantil; (v) la norma acusada hace parte de una ley ordinaria y el tema del que trata al ser de naturaleza financiera el asunto (contratos de servicios financieros) su órbita natural debe ser tratado en una ley marco (C. P. artículo 150 No. 19 literal d); (vi) en igual forma consideran que la norma acusada viola el derecho a la igualdad al fijar trato diferente a las sociedades fiduciarias en la celebración de fiducias frente al resto de operaciones del sector financiero; (vii) se vulnera el principio de libre competencia económica (artículo 333 C. P.), por considerar que la norma del EGCA restringe la actividad para la cual las sociedades fiduciarias se encuentran autorizadas sin que exista fundamento en el interés social, cultural o protección ambiental que lo justifique; y, finalmente, (viii) al impedir que las entidades estatales acudan a la gestión especializada de administración de recursos que prestan las sociedades fiduciarias se vulneran los principios de eficacia y moralidad públicas previstos en el artículo 209 de la Constitución.

La segunda demanda de inconstitucionalidad fue presentada por el ciudadano Manuel Enrique Cifuentes Muñoz. El actor centró sus argumentos en tres puntos: (i) En relación con el inciso 1 del No. 5 del Artículo 32 del EGCA, encuentra que exigir a las autoridades estatales para la celebración de los contratos de fiducia pública autorización legal, de la Asamblea Departamental o del Consejo Municipal, según sea el caso, significa desconocer que los artículos constitucionales en los que se ubica el sistema de contratación pública para el caso (150-9; 300-9 y 313-3), suponen una interpretación restrictiva que el legislador ha desconocido y ampliado al ejercer la facultad para la expedición del estatuto general de contratación de la administración pública previsto en el último inciso del mismo Artículo 150; (ii) restringir el encargo fiduciario al manejo de recursos vinculados a contratos celebrados por las entidades estatales, así como someter a procesos de licitación o concurso a las sociedades fiduciarias, cuando al resto de las instituciones financieras (de crédito, de seguros) se les sujeta a las reglas propias de la actividad financiera si las operaciones son del giro ordinario de sus negocios, suspendiendo en estos casos la aplicación del EGCA, restringe la actividad fiduciaria, vulnerando la libre competencia económica e iniciativa privada, así como la libertad de empresa y el derecho a la igualdad, el deber de imparcialidad administrativa; y, por último, considera que (iii) se viola el principio constitucional de unidad de

materia en la medida en que los temas de que tratan los incisos 3 y 8 del No. 5 del artículo 32 del EGCA, son temas de estricto raigambre financiero que requieren de un tratamiento constitucional diferente al que tiene por objeto la contratación administrativa, materia específica de la que trata la ley.

Las demandas se acumularon para darles trámite conjunto en el cual la Corte para el estudio de los cargos los restringió a cuatro: (i) la desnaturalización del negocio de fiducia mercantil como resultado de la regulación introducida por el EGCA; (ii) la revisión de la constitucionalidad de la disposición que exige la autorización legal, de ordenanza o acuerdo para que las entidades públicas puedan contratar fiducia pública; (iii) los términos del numeral 5 del artículo 32 del EGCA tratan temas propios de la actividad financiera por lo que su ámbito es el de una ley marco (artículo 150, No. 19, literal d, C. P.), y (iv) los términos del numeral 5 del artículo 32 del EGCA vulneran el derecho fundamental a la igualdad, al establecer requisitos y restricciones para la contratación fiduciaria que no se exigen a otras entidades que operan en el sector financiero colombiano.

Si bien la discusión que ocupa este trabajo concierne al ámbito del primer cargo, sobre el cuál se hará mayor énfasis, se presentarán los principales argumentos expuestos la decisión de la Corte Constitucional para resolver cada uno de ellos.

En el análisis que hace la Corte del primer cargo, la desnaturalización del negocio de fiducia mercantil como resultado de la regulación introducida por el EGCA, se agrupan cuatro asuntos que llevan a desconocer la estructura de la fiducia mercantil, dos que se encuentran relacionados con la esencia del negocio: impedir que se transfiera el dominio y, con ello, la formación de patrimonios autónomos, como expresamente lo prohíbe el Artículo 32 Numeral 5, inciso 8 del EGCA.

Dispone la norma citada que el contrato de fiducia en materia de contratación pública: "(...) nunca implicará la transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial...". Los otros dos aspectos que se agrupan se refieren la obligación para las fiduciarias de participar en los procesos de selección y a la prohibición de acordar en el negocio fiduciario remuneraciones por la gestión con cargo a los rendimientos que produzca la administración del fideicomiso, restricciones previstas en el mismo artículo 32 No. 5 inciso segundo.

La Corte pasa a estudiar la estructura de la fiducia mercantil y del encargo fiduciario a partir de las normas del Código de Comercio y de la Ley 45 de 1923.

Luego de transcribir el artículo 1226 del Código de Comercio que describe los contenidos básicos del contrato de fiducia, considera que son cuatro los elementos descriptivos del mismo que los agrupa como elemento real, personal, aspectos formales y elemento formal – temporal del contrato, siguiendo las pautas básicas de la legislación mercantil. El elemento real se caracteriza por la transferencia del dominio que conlleva la formación de un patrimonio autónomo y anota que cuando el contrato no contiene éste elemento lo que se presenta es un contrato de encargo fiduciario, con lo cual pasa a recalcar los efectos propios de la fiducia previstos en los artículos 1227, 1234, 1236 y 1238 de la legislación mercantil vigente, esto es, el hecho de que los patrimonios autónomos como tales no hacen parte del activo de la sociedad fiduciaria y que, por tanto, es su deber indelegable mantenerlos separados de su activo, y que estos bienes no pertenecen al fideicomitente ni al fideicomisario, por lo que no pueden ser perseguidos por sus acreedores y añade:

Si bien escapa a la finalidad de esta providencia analizar el concepto de patrimonio autónomo, debe decirse que ella responde a la necesidad de que los bienes afectados mediante el negocio fiduciario, se encuentren a salvo respecto de los demás negocios y gestiones que adelante el fiduciario como fruto del giro ordinario de sus asuntos. (Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 1995).

Finalmente, agrega la Corte, que si no se encuentra el elemento que denomina como real, es decir, la transferencia del dominio y la formación de un patrimonio autónomo, el negocio fiduciario mercantil no existe.

En segundo lugar, encuentra la Corte, que el elemento personal se encuentra determinado por la confianza que deposita el constituyente en el fiduciario que en materia financiera se sustenta en el reconocimiento de la experiencia en la administración fiduciaria y el *good will* de la sociedad para el desarrollo de los fines del contrato, confianza que queda constatada por el hecho de que la autoridad administrativa de vigilancia, Superintendencia Financiera, le confiera la autorización para operar en el sector.

En relación con el elemento formal y el elemento formal-temporal, la Corte en su descripción del contrato hace referencia a las formas constitutivas de la fiducia exigidas por los artículos 1228 del Código de Comercio, por el artículo 16 de 1993 y por el Decreto 847 de 1993, agregando que la fiducia tiene un término legal para su duración que es de 20 años.

Luego de la sencilla descripción que presenta del contrato de fiducia pasa a observar que las reglas previstas por el legislador en el artículo 32, numeral 5, regulan de manera específica un conjunto de negocios que ha denominado como encargos fiduciarios públicos y fiducia pública con el fin de definir condiciones para la celebración de cada uno de los negocios, en relación con las cuales considera que:

“Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado “fiducia pública”, el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, “en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley”. Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil.” (Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 1995).

Para finalizar su análisis la Corte considera que los juicios de valor propuestos como fundamento del cargo, tales como las dificultades que representa para el negocio fiduciario participar en el proceso de selección, la prohibición de fijar sus honorarios a partir de los rendimientos que produzca la administración de los recursos administrados o las restricciones impuestas al objeto contractual del encargo fiduciario, no hacen parte del juicio de constitucionalidad. Con esto quiere indicar, que no existe vulneración constitucional por el hecho de que el EGCA establezca en sus normas reglas que impiden la realización del contrato de fiducia mercantil por no encontrarse dispuestos en ellas algunos de sus elementos esenciales, o por consagrar reglas que hacen de la práctica del contrato algo más difícil de lo usual.

En conclusión, para la Corte el cargo no prospera, pues el legislador lo que ha hecho es crear una nueva forma contractual denominada fiducia pública, que si bien no define, al ser analizada desde la perspectiva del derecho privado y de los elementos estructurales propios del contrato, coincide con los lineamientos de un encargo fiduciario, como forma contractual distinta que responde a los intereses propios de la contratación de la administración previstos en el estatuto.

En relación con los otros tres cargos, la Corte acoge el segundo pues considera que la disposición que exige la autorización legal, de ordenanza o acuerdo para que las entidades públicas puedan contratar fiducia pública se encuentra por fuera del ámbito de facultades del legislador, pues la facultad constitucional que le autoriza a la creación del EGCA prevista en el artículo 150, último inciso de la Carta Política, no le permite invadir las esferas especiales previstas en el ordenamiento constitucional para reglar tal tipo de autorizaciones, que como se indicó en los cargos, son exclusivas y diferentes por lo que su interpretación es restrictiva. Explica la Corte, al finalizar su exposición:

(...) el inciso primero del numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, introduce dentro del régimen de excepción contemplado en el numeral 9o. del artículo 150 constitucional, a ciertas entidades y organismos que no hacen parte del gobierno Nacional en los términos del artículo 115 superior. Adicionalmente, se observa que no se puede convertir en regla general las autorizaciones expresas contenidas en los artículos 150-9, 300-9 y 313-3 de la Carta Política, como pretende hacerlo la norma acusada respecto del contrato de fiducia, por cuanto dicho contrato ya ha sido regulado por el Congreso Nacional en uso de las atribuciones consagradas parágrafo final del artículo 150 superior. (Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 1995).

En relación con el tercer y cuarto cargo, la Corte explica que si bien los términos del numeral 5 del artículo 32 del EGCA tratan temas propios de un contrato financiero como lo son la fiducia pública y el encargo fiduciario, una de las partes contratantes es una entidad estatal y, por ello, el legislador no se ha salido de los marcos ni ha violentado la unidad de materia que se exige en la elaboración de las leyes, por lo que al reglar sobre limitaciones y prohibiciones en relación con este tipo de contratos, lo que establece son restricciones para la contratación pública sin que se invada la órbita constitucional prevista para la regulación de la actividad financiera. El hecho de que una ley general trate algunos aspectos relacionados con la forma de contratar para la actividad estatal en un área financiera, no

significa que tales temas deban tramitarse a través de una ley marco, como lo prevé el artículo 150, No. 19, literal d, de la Constitución. Por último, considera, que los términos del numeral 5 del artículo 32 del EGCA no vulneran el derecho fundamental a la igualdad por establecer requisitos y restricciones para la contratación fiduciaria que no se exigen a otras entidades que operan en el sector financiero colombiano. En su análisis del cargo la Corte Constitucional distingue, con el fin de revisar el alcance del derecho fundamental a la igualdad, entre los conceptos de discriminación y diferenciación, y en revisión de su jurisprudencia encuentra que en sentencias C-221/92 y T-122/93:

(...) ha señalado que la identidad del género -en este caso, la captación y manejo de recursos provenientes de los asociados- no supone la identidad de las especies -es decir, de cada una de las entidades encargadas de cumplir, de acuerdo con su objeto social, la referida función-, pues éstas, por naturaleza, son distintas entre sí. Ahora bien, si se le niega a través de una ley o de un acto jurídico determinado una facultad inherente al género, se trata, ahí sí, de una discriminación; pero si a una de sus especies se le da un tratamiento jurídico específico, de acuerdo con su naturaleza especial, hay una diferenciación proporcionada que no afecta, entonces, la esencia misma del género, lo cual, además, se encuentra autorizado por el mismo artículo 13 de la Constitución. (Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 1995).

En ese sentido, considera que no existe discriminación en el caso objeto de análisis por encontrar que las reglas previstas para la contratación son generales, es decir, para todos los que vayan a contratar con el Estado. En ese sentido, no se ha establecido ningún privilegio pues todas las entidades que prestan el servicio financiero de fiducia deben someterse por igual a los parámetros descritos en el EGCA, sin que se establezcan excepciones particulares para alguna de ellas. Lo que hace el legislador al establecer restricciones es "...garantizar una transparencia y una igualdad de todos los interesados en contratar con el Estado, para que todos ellos, incluidas las sociedades fiduciarias y demás entidades del sistema financiero se sometan a unas mismas circunstancias y condiciones". (Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 1995).

En conclusión, para la Corte existen tres argumentos frente al tema del tratamiento de la fiducia pública y de los encargos fiduciarios: (i) El legislador al regular el EGCA creó una nueva forma de contrato en materia pública aun cuando no lo define: la fiducia pública. Su característica específica consiste en que en esta

forma de contratos no se puede acudir a la transferencia de recursos del Estado con el fin de formar patrimonios autónomos.

En relación con los encargos fiduciarios públicos, se restringe su objeto a la administración de recursos provenientes de otros contratos celebrados por la administración. Dado que se trata de la regulación de una nueva modalidad contractual no se desnaturaliza la fiducia mercantil sino que, por el contrario, se establecen reglas nuevas en el entorno de la contratación fiduciaria frente a un nuevo negocio de la administración; (ii) la fiducia y el encargo fiduciario públicos quedan sometidos a las reglas del EGCA, pues para su contratación deben someterse a lo dispuesto en materia de licitación o concurso y procesos de selección, así como fijar sus honorarios con cargo al presupuesto y no a los rendimientos propios de lo administrado; (iii) La Corte Constitucional indicó que:

(...) en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5º. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993 (Sentencia C- 086 de 1995).

A pesar de lo anterior queda claro que, aun cuando se crea una nueva forma contractual de fiducia, a la fiducia pública son aplicables las disposiciones mercantiles sobre la materia en lo que sea compatible con su estructura, es decir, que lo regulado no es, lo que podría denominarse como un contrato de fiducia mercantil con restricciones para la contratación pública, sino fiducia pública con aplicación de disposiciones mercantiles. Agregando a este punto que los mayores requisitos impuestos frente al contrato estatal son para el desenvolvimiento de los principios de la contratación pública, con el fin de lograr la seguridad y transparencia, que deben observarse en la contratación fiduciaria.

3.6 La fiducia pública y sus excepciones

La fiducia pública como nueva forma contractual no permite la constitución de patrimonios autónomos de acuerdo con el EGCA, por lo cual la fiducia en su estructura como contrato solo contaría con los elementos personal y teleológico. Desde el punto de vista del derecho privado esa sería la estructura de un encargo fiduciario, sin embargo, los encargos fiduciarios públicos se restringen por

mandato del mismo EGCA, como ya se explicó, al manejo de flujos de caja y pagos. Esto trae como consecuencia que los contratos de fiducia pública se diferencien de los encargos fiduciarios públicos por la especialización en el manejo de recursos de estos últimos, pues ninguno de los dos cuenta con el elemento patrimonial, es decir, la transferencia del dominio de bienes y la conformación de un patrimonio autónomo. Sin embargo, los argumentos presentados por la Contraloría y por el Congreso en las discusiones del proyecto de Ley de Contratación estatal, así como los argumentos de la Corte Constitucional, fundamentados en el tema del control estatal frente a los recursos públicos, de la seguridad y transparencia, de la ejecución presupuestal y de la libertad para la formación de contratos diferentes en materia de contratación pública, se quedan cortos frente al gran número de excepciones que desde la promulgación de la Ley 80 de 1993, hasta el día de hoy, se han reglado por el mismo legislador, con el fin de permitir que la fiducia pública cuente con patrimonios autónomos.

Con el propósito de reafirmar lo expuesto, se ha revisado el conjunto de excepciones a la prohibición hecha por el artículo 32, numeral 5, inciso 8, para la fiducia pública a partir del actualización del listado que enuncia el profesor Gómez Lee⁹⁴ (2014, p. 29-31), en su trabajo sobre control fiscal en materia fiduciaria, en el cual se encuentran dos situaciones frente al contrato: o se autoriza la celebración de fiducia mercantil, o se levanta la restricción del EGCA. Excepciones, que junto a las ya mencionadas contenidas en el EGCA, superan la veintena de casos. Son ellas las que se presentan en la siguiente tabla, en la cual se relaciona el tipo de norma, el tema de la misma y se transcribe textualmente el contenido de la disposición pertinente:

94 Gómez Lee (20014), en su trabajo sobre control fiscal frente a las entidades fiduciarias, hace un recorrido sobre la contratación fiduciaria hasta llegar a la Ley 80 de 1993, con el fin de dar claridad sobre las formas contractuales que rodean el esquema de la fiducia en materia de contratación estatal y su estructura, para definir los parámetros de la responsabilidad fiscal contractual, justamente a partir de la descripción de un ambiente inicial de cuestionamiento de la actividad fiduciaria en lo público que conllevó a la prohibición de la transferencia de bienes con el fin de formar patrimonios autónomos. En ese sentido, la lectura de este trabajo, aun cuando no lo hace en forma directa por no ser su objetivo, permite preguntarse, junto con la enunciación de las excepciones planteadas, si era necesaria la eliminación del elemento patrimonial del contrato para el esquema de la contratación pública, porque lo que se deduce de los argumentos presentados por el legislador y la Contraloría, no es un problema frente a la posibilidad de formar un patrimonio autónomo en materia pública, sino, una es preocupación por el control de gestión y rendición de cuentas frente a la ejecución realizada por el fiduciario.

Tabla N°1. Excepciones a la prohibición para la constitución de fiduci pública en Colombia.

NORMA	TEMA	EXCEPCIÓN
Ley 30 de 1992	Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior	“ARTÍCULO 93. Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos”.
Ley 80 de 1993	“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”	Artículo 41, Parágrafo 2 “Desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones”
Ley 80 de 1993	“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”	Artículo 41, Parágrafo 2 Contratos que “estén destinados al pago de pasivos laborales”
Ley 100 de 1993	“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”	“ARTICULO. 122.-Fondos para pago de cuotas partes y bonos pensionales de las cajas, fondos o entidades públicas no sustituidos por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional. Las cajas, fondos o entidades del sector público que no hayan sido sustituidos por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional, destinarán los recursos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus correspondientes bonos pensionales y de las cuotas partes que les correspondan, mediante la constitución de patrimonios autónomos manejados por encargo fiduciario de acuerdo con las disposiciones que expida la Superintendencia Bancaria y las garantías que exija el Gobierno Nacional”
Ley 100 de 1993	“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”	“ARTICULO. 195.-Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico: 6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.”
Ley 101 de 1993	“Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”	Contribuciones Parafiscales agropecuarias y pesqueras. “Artículo 30. Inciso segundo: “Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno Nacional; este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración”
Ley 101 de 1993	“Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”	“ARTÍCULO 32. FONDOS PARAFISCALES AGROPECUARIOS O PESQUEROS. Los recursos provenientes de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras y los patrimonios formados por éstos, constituirán Fondos

		especiales en las entidades administradoras, las cuales estarán obligadas a manejarlos en cuentas separadas, de modo que no se confundan con los recursos y patrimonio propios de dichas entidades”.
Ley 142 de 1994	“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”	“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.”
Ley 388 de 1997	“Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones”	Artículo 36. Actuación Urbanística Pública. Inciso 5: “(...) igualmente las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrán participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, mediante la celebración, entre otros, de contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”.
Ley 487 de 1998	“Por la cual se autoriza un endeudamiento público interno y se crea el Fondo de Inversión para la Paz”	“ARTÍCULO 8o. FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ. Créase el Fondo de Inversión para la Paz como principal instrumento de financiación de programas y proyectos estructurados para la obtención de la Paz. Para el desarrollo de la finalidad del Fondo se podrán crear Fondos Fiduciarios, celebrar contratos de fiducia y encargos fiduciarios, contratos de administración y de mandato y la demás clases de negocios jurídicos que sean necesarios. Para todos los efectos, los contratos que se celebren en relación con el Fondo, para arbitrar recursos o para la ejecución o inversión de los mismos se regirán por las reglas del derecho privado.”
Ley 549 de 1999	Dicta normas tendientes “(...) a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional.”	“ARTÍCULO 3o. Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet. Para efectos de administrar los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales en los términos de esta ley, créase el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tiene como objeto recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrar los recursos a través de los patrimonios autónomos que se constituyan exclusivamente en las administradoras de fondos de pensiones y cesantías privadas o públicas, en sociedades fiduciarias privadas o públicas o en compañías de seguros de vida privadas o públicas que estén facultadas para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones y de los regímenes pensionales excepcionados del Sistema por ley”
Ley 688 de 2001	“Por medio de la cual se crea el Fondo Nacional para la Reposición del Parque Automotor del Servicio Público de Transporte Terrestre y se dictan otras disposiciones.”	“ARTÍCULO 3º. Administración. El Fondo será manejado mediante una fiducia administración, o un mecanismo bancario similar, en una entidad bancaria vigilada por la Superintendencia Bancaria”

Ley 1176 de 2007	Desarrolla los artículos 356 y 357 de la Constitución Política	ARTÍCULO 12. CONSTITUCIÓN DE PATRIMONIOS AUTÓNOMOS. Los departamentos, distritos y municipios podrán, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones con destinación al Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, constituir patrimonios autónomos con el fin de garantizar proyectos de inversión de mediano y largo plazo dirigidos a asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo a sus habitantes, en los eventos en los que les corresponda asegurar su prestación”.
Ley 1530 de 2012	“Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías”	“Artículo 50. Administración del Fondo de Ahorro y Estabilización. Con los recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización se constituirá un patrimonio autónomo denominado “Fideicomiso FAE”, que será administrado por el Banco de la República únicamente de conformidad con las normas de esta ley, el reglamento y las cláusulas del contrato fiduciario”.
Ley 1523 de 2012	“Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”	“Artículo 49. Patrimonio autónomo. Los bienes y derechos de la Nación que hacen parte del Fondo Nacional constituyen un patrimonio autónomo con destinación específica al cumplimiento de los objetivos generales señalados en el artículo 47 de la presente ley. La Sociedad Fiduciaria administrará los bienes y derechos del fondo de manera independiente de los bienes de la Sociedad Fiduciaria y de los bienes y derechos que hagan parte de otros fideicomisos que administre.”
Ley 1708 de 2014	“Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio”	“Artículo 92. Mecanismos para la facilitar la administración de bienes. No. 2: Contratación. Artículo 94. Contratación. Con el fin de garantizar que los bienes sean o continúen siendo productivos y generadores de empleo, y evitar que su conservación y custodia genere erogaciones para el presupuesto público, la entidad encargada de la administración podrá celebrar cualquier acto y/o contrato que permita una eficiente administración de los bienes y recursos. El régimen jurídico será de derecho privado con sujeción a los principios de la función pública.”
Decreto 1421 de 1993	“Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”	“ARTÍCULO.- 150. Contratos de fiducia y encargo fiduciario. Las entidades distritales podrán celebrar contratos de fiducia y de encargo fiduciario con sociedades autorizadas por la Superintendencia Bancaria. En ningún caso las entidades distritales fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo fiduciario, los cuales, además cumplirán las norma fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad fideicomitente.”
Decreto 149 de 2000	“Por el cual se organiza el Fondo de Inversión para la Paz”	“ARTICULO 10. SISTEMA DE MANEJO DE LOS RECURSOS. De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 4o. del artículo 8 o. de la Ley 487 de 1998, con las reglamentaciones y las directrices que le fije el Consejo Directivo, se podrá contratar total o parcialmente el manejo de los recursos que ingresen al mismo, bien sea mediante encargo fiduciario, fondos fiduciarios, contratos de fiducia, contratos de administración y de mandato y los demás negocios jurídicos que sean necesarios.

		Para todos los efectos, los contratos que se celebren en relación con el Fondo, para arbitrar recursos o para la ejecución o inversión de los mismos se registrarán por las reglas del derecho privado.”
Decreto 1813 de 2000	“Por el cual se reorganiza el Fondo de Inversión para la Paz, FIP”	“ARTICULO 9o. SISTEMA DE MANEJO DE LOS RECURSOS. De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 4o. del artículo 8o. de la Ley 487 de 1998, con las directrices y reglamentaciones del Consejo Directivo, el Director ejecutivo podrá contratar total o parcialmente el manejo de los recursos que ingresen al Fondo, mediante encargo fiduciario, fondos fiduciarios, contratos de fiducia, contratos de administración y de mandato y los demás negocios jurídicos que sean necesarios.”
Decreto 555 de 2003	“Por el cual se crea el Fondo Nacional de Vivienda «Fonvivienda»”	“Artículo 12. Manejo de los recursos y del patrimonio. De acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, así como con las directrices y reglamentación del Consejo Directivo, el Director Ejecutivo podrá contratar total o parcialmente el manejo de los recursos y de los bienes del Fondo, mediante contratos de fiducia, encargo fiduciario, fondos fiduciarios, de mandato; convenios de administración y los demás negocios jurídicos que sean necesarios. Los costos en que se incurran para el manejo de los recursos y del patrimonio se podrán atender con cargo a las respectivas apropiaciones de inversión.”
Decreto 2906 de 2011	“Por el cual se reglamenta el artículo 5o del Decreto 4819 de 2010 y se dictan otras disposiciones”	“ARTÍCULO 2o. La contratación de los patrimonios autónomos que se requieran, se realizará conforme a lo establecido en el artículo 7o del Decreto 4819 de 2010, dando aplicación a las reglas del derecho privado y a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.”

La respuesta del legislador frente a las dudas que ofrece el contrato de fiducia mercantil determinó la prohibición de enajenar en fiducia y constituir patrimonios autónomos, sin embargo, el alto número de excepciones, permite dejar en duda la necesidad de la prohibición misma frente a la conveniencia de contratar la fiducia mercantil como se encuentra prevista en el Código de Comercio colombiano. La solución que encontró la Corte, encontrando una nueva forma de contrato en materia pública, no resuelve la pregunta formulada, pues simplemente se concentró en revisar la “naturaleza” de uno y otro contrato (el privado y el público) sin descollar sobre otras posibles respuestas y soluciones bajo el amparo de lo que concierne al juicio de constitucionalidad.

3.7 Conclusiones del Capítulo

El proceso de formación del EGCA en Colombia supuso la construcción de una serie de reglas uniformes que permitieran un cuerpo normativo de aplicación universal amparado en principios y en estrategias que reconocieran el equilibrio

de las relaciones contractuales entre la administración y el contratista. En ese proceso se reconoció como problemático el contrato de fiducia mercantil en la medida en que, a partir de los informes de la Contraloría General de la República, se evidenció el uso del negocio para superar las exigencias de la legislación y se trasladó en muchos casos la administración pública y el manejo de los recursos públicos hacia la esfera privada. Este hecho llevó a la discusión acerca de si debía prohibirse o restringirse el contrato fiduciario en el ámbito de lo público. De las actas revisadas aparece claro el hecho de que el legislador consideró que el contrato debía pasar por las restricciones propias de lo público, reconociendo las recomendaciones hechas por la Contraloría. Estas restricciones llevaron a que el contrato de fiducia pública reglado por el EGCA fuera visto, desde el entorno privatista, más cercano a la esfera del contrato de encargo fiduciario por no contar con todos los elementos esenciales típicos del negocio, en particular, por no permitir la enajenación de bienes y constitución de patrimonios autónomos, tal y como lo prohíbe el artículo 32, numeral 5, inciso 8, del EGCA.

En ese sentido, el primer análisis hermenéutico que viene desde la dogmática tradicional del derecho privado, llevó a considerar que el contrato de fiducia pública era un contrato de fiducia mercantil “desnaturalizado” y, en consecuencia, imposible de realizar tal como lo exige la práctica financiera. Sin embargo, la discusión constitucional contenida en la Sentencia C-086 de 1995, condujo a una conclusión diferente: no se trata de un contrato de fiducia mercantil, sino de una nueva forma contractual que el legislador ha previsto para el entorno público, al cual queda sometido, junto con el encargo fiduciario.

Sin embargo, la respuesta del legislador a las dificultades ofrecidas frente al contrato de fiducia mercantil, junto con los argumentos del juzgador constitucional, deja abierto un interrogante: ¿era necesario prohibir la enajenación de bienes y la constitución de patrimonios autónomos para el entorno público?

El sometimiento a las reglas sobre licitación o concurso, prohibir honorarios fijados a partir de los rendimientos causados por el ejercicio de la administración fiduciaria, o el sometimiento al control sobre los recursos administrados ejercido por parte de las entidades estatales, son requisitos que buscan la transparencia y seguridad en el manejo de los recursos públicos para, con ello, lograr un equilibrio entre la libertad de contratación y el cumplimiento de los fines y objetivos de la administración pública, sin embargo, la prohibición de la enajenación y constitución de patrimonios autónomos, a más de ser excesiva, no se revela como una necesidad específica frente al manejo de lo público y lo que evidencia es el

temor y desconocimiento que sobre la figura fiduciaria ha existido. La misma Corte lo reconoce al estudiar las restricciones demandadas en el primer cargo, habiendo indicado que lo que existía era una nueva modalidad contractual, cuando determina que no va a revisar juicios de valor sobre la materia, sino que se restringirá a los juicios de constitucionalidad al afirmar que:

Lo anterior, por lo demás, puede tomarse desde dos puntos de vista: o que realmente se trata de una norma con preocupantes efectos prácticos dentro de la agilidad de las relaciones jurídicas entre los particulares y el Estado, o que el querer del legislador fue el de restringir al máximo un contrato que, según su criterio -el cual no es del caso calificar-, generaba una gran inseguridad dentro del campo de la contratación en la administración pública. En efecto, el anterior estatuto de contratación (Decreto-Ley 222 de 1983) se había convertido en una normatividad que era fácilmente soslayada por muchas entidades estatales, toda vez que ellas solían contratar, a través de la figura de la fiducia, en forma directa, sin control jurídico alguno y desconociendo por ende los requisitos establecidos en aquél estatuto. (Corte Constitucional, Sentencia C- 086 de 1995).

El fundamento para considerar que el temor infundado sobre la enajenación de bienes y la constitución de patrimonios autónomos en materia de fiducia pública se encuentra arraigado, inicialmente, en las dos excepciones previstas por el mismo EGCA, frente a la prohibición rotunda del artículo 32 No. 5, inciso 8 en la que se indica que “La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, **nunca implicará** transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial” (cursiva y negrillas nuestras). Las dos excepciones previstas en el artículo 41 del EGCA, parágrafo segundo, para el desarrollo de procesos de titularización y para el pago de pasivos pensionales, casos en los cuales se podrá constituir fiducia pública con enajenación de bienes y constitución de patrimonios autónomos. Casos en que el manejo fiduciario, para seguridad y transparencia de las inversiones, y para poder obrar en el mercado de valores, requieren de la practicidad de los patrimonios autónomos.

Por último cabe indicar que la discusión presentada evidenció que el concepto de patrimonio autónomo sigue siendo un elemento que ofrece dudas y discusiones teóricas, que al enfrentarse con el derecho público aparece carente de coherencia y completitud a pesar de que el juez constitucional lo acoja desde criterios más

amplios que los ofrecidos por la civilística tradicional sin que se observe al interior del derecho privado un esfuerzo de construcción más amplio de sus contenidos y una explicación a las dificultades que la ecuación contractual dispuso en materia de contratos mercantiles frente a las explicaciones tradicionales de la estructura patrimonial que ofrece el derecho privado.

4.

EL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDUCIARIO FRENTE A LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

En este capítulo se estudia el concepto de patrimonio autónomo fiduciario frente a los períodos de formación e interpretación de los procedimientos concursales con el fin de evidenciar las dificultades que ofrece la dogmática tradicional del derecho privado en su práctica, al tratar de dar respuesta y armonizar los esquemas de protección de la empresa en problemas, todo esto a partir de la revisión diacrónica de casos frente a la formación legislativa de los procedimientos de salvamento en el país.

Para cumplir con el propósito, el capítulo desarrollará inicialmente, a partir de la muy diversa legislación concursal que se ha promulgado en el país, la problemática del tratamiento de la fiducia de garantía frente a los institutos de salvamento de la empresa en crisis, pasando por la Ley 550 de 1993, sobre reestructuración de la empresa, hasta la Ley 1116 de 2006, para llegar a las reformas propuestas por la Ley de Garantías mobiliarias, Ley 1676 de 2013, con el fin de evidenciar cómo la dogmática tradicional no ofrece respuestas satisfactorias a los casos asociados con el patrimonio autónomo fiduciario en materia de concursos.

4.1 Elementos descriptivos del patrimonio autónomo fiduciario en el panorama del derecho concursal colombiano

La preocupación más profunda sobre los patrimonios autónomos en el negocio fiduciario proviene de las discusiones que se produjeron a partir de las

normas sobre el concurso del empresario fallido durante la segunda parte de los años noventa y los primeros años de este siglo, período que delata una amplia preocupación que inicia con el debate sobre cuál ha de ser el tratamiento de la fiducia de garantía y fuentes de pago en el concurso, debate que en apariencia culmina con la expedición de legislación que recauda la experiencia que los mismos procesos concursales ofrecen al resolver los problemas que su práctica representa.

En la actualidad las normas sobre el concurso se encuentran regladas por la Ley 1116 de 2006⁹⁵, disposiciones que en su formación tuvieron un largo proceso de discusión, siendo el resultado de varios años de experiencia acumulada por la autoridad de control, la Superintendencia de Sociedades de Colombia, en la aplicación de los procedimientos de salvamento y liquidación de la empresa.

Revisando la evolución de las normas concordatarias en Colombia, y teniendo como punto de partida el Código de Comercio de 1971, la legislación sobre el concurso podría agruparse en dos grandes categorías: (i) las normas sobre concordato preventivo y quiebra previstas en el Decreto 410 de 1971 (artículos 1910 a 2010); las disposiciones del Decreto Extraordinario 350 de 1989⁹⁶, que regula los concordatos preventivos, potestativo y obligatorios, modificando el Código de Comercio en su Libro VI, sobre procedimientos mercantiles; la Ley 222 de 1999 (artículos 89 a 225)⁹⁷, que modificó el régimen de concordatario y estableció que los trámites concursales podían consistir en “(...) un concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor”, o en un “(...) concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor” (artículo 89), y (ii) la Ley 550 de 1999, que buscó establecer mecanismos de salvamento de la empresa a través de la negociación y celebración de acuerdos de reestructuración empresarial con el fin de reactivar la economía en recesión y proteger el empleo, ley de vigencia temporal, cinco años, cuya aplicación fue ampliada por dos años más por la Ley 922 de 2004; y, finalmente en esta categoría, la ya mencionada Ley 1116 de 2006, que buscó unificar los regímenes acogiendo una legislación más ágil, que lograra la protección de la empresa viable, del crédito y del empleo. Esta ley regula el régimen de insolvencia a través de un proceso de reorganización de la empresa y de liquidación judicial, además de adoptar el Régimen de Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

95 Publicada en el diario oficial 46.494 de 27 de diciembre de 2006.

96 El Decreto fue expedido con base en facultades extraordinarias para modificar el Libro VI del Código de Comercio colombiano, otorgadas al Presidente de la República por la Ley de Facultades Ley 51 de 1988 (noviembre 21).

97 La Ley 222 de 1995 (Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995) modifica, además del régimen de procesos concursales, el Libro II del Código de Comercio.

La empresa, en la concepción capitalista, ha sido considerada como fuente de riqueza y empleo y, en ese sentido, protegida e incentivada a través de diversas formas de política pública. Los marcos constitucionales en su protección al derecho de propiedad, han promovido la libertad de empresa⁹⁸ y desarrollado una amplia concepción a partir de la cual ésta, no solo es un instrumento que promueve el crecimiento de la economía accediendo a todas las posibilidades de su desarrollo, sino que además cumple con funciones sociales que le dan la posibilidad del ejercicio de derechos y que concretan en ella obligaciones⁹⁹ como contrapartida de su protección e incentivos, lo cual permite establecer mecanismos de intervención en diversos campos, uno de los cuales es la actual protección lograda con los procedimientos de reorganización¹⁰⁰.

Bajo esa perspectiva, las dos categorías de procedimientos enunciadas, guardan en común no sólo la protección del crédito, cualquiera sea su naturaleza, así como la protección del empleo, partiendo del supuesto de considerar a la empresa como fuente de riqueza nacional, razón por la cual los procedimientos concursales son un conjunto de disposiciones legales de orden público, autónomas y preferentes, que tienen como consideración central que el empresario fallido no sea ejecutado por procedimientos independientes sino, por el contrario, que se someta a un procedimiento de orden colectivo al cual concurren todos sus acreedores, no

98 La Corte Constitucional ha expresado sobre el particular que: (...) la Carta adopta un modelo de *economía social de mercado*, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.

Este marco de referencia, a su vez, tiene profundas implicaciones en el modo en que se comprende los derechos y libertades de los agentes de mercado. En ese sentido, la jurisprudencia ha definido de manera consistente y reiterada a la libertad de empresa como un criterio amplio, que en su aspecto más esencial puede definirse como "... [U]na facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio". Empero ese carácter amplio, como ya se indicó, la libertad económica encuentra su definición concreta a partir de sus componentes particulares: la libertad de empresa y la libre competencia económica. (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010).

99 Sobre el tema pueden consultarse de la Corte Constitucional las sentencias C-1319 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-586 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-100 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-823 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia de la Corte Constitucional C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia de la Corte Constitucional C-639 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

100 Este tipo de intervención debe respetar pautas que la misma Corte Constitucional ha señalado y verificado en las normas sobre reactivación empresarial, ha indicado sobre la Ley 1116 de 2006:

i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

La intervención del Estado en la reactivación empresarial cumple con estas pautas pues: (i) Se lleva a cabo en virtud de la ley: Ley 1116 de 2006; (ii) No afecta el núcleo esencial de la empresa, pues por el contrario, busca preservar su existencia; (iii) Obedece a motivos adecuados y suficientes como son la preservación de la empresa como promotora del desarrollo y fuente de empleo; (iv) Responde al principio de solidaridad, pues atiende al mismo para establecer un régimen especial que busca apoyar a la empresa y a sus trabajadores en una situación especial y; (v) Cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues no desconoce los derechos de los acreedores de la empresa ni del Estado, sino que establece un régimen especial para el cumplimiento de las obligaciones del deudor. (Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 2012). (Cursiva del texto original).

importa cuál sea la clase de obligación de que se trate, ni si cuenta con algún tipo de preferencia o garantía.

Al recorrer las categorías de procedimientos desde la aparición del Código de Comercio colombiano hasta la fecha, se observa el paso de un procedimiento que busca proteger el crédito haciendo excepciones a distintos acreedores, pero concentrando la preocupación en sus disposiciones, más en el compromiso del deudor con los asuntos financieros y de flujos de caja de la empresa con el propósito lograr el pago de sus obligaciones, para evolucionar hacia la conformación de un conjunto de reglas que buscan salvar la empresa viable, enfocando el problema de su recuperación no sólo en el pago a los acreedores, sino ampliando su espectro a la búsqueda de las causas que han llevado a la crisis. Todo esto con el fin de exigir fórmulas de solución que permitan su verdadera viabilidad futura, lo cual implica revisar problemas exógenos y/o endógenos, vistos desde contextos multidisciplinarios, que pueden afectar a la empresa, tales como los relativos al estado del mercado en el que se desarrolla el giro de los negocios, así como asuntos organizacionales de orden operativo, administrativo, financiero o fiscal, entre otros posibles, para plantear alternativas que permitan una verdadera viabilidad de la empresa en dificultades.

En igual forma, la mecánica de los procedimientos concursales de la primera categoría (Código de Comercio, Decreto 350 de 1989 y Ley 222 de 1995), consistió en lograr "(...) mecanismos concursales diseñados para situaciones ordinarias que resultaron insuficientes e inadecuados" (Exposición de motivos proyecto de ley Régimen General de Insolvencia, hoy Ley 1116 de 2006). En efecto, al presentar la conveniencia de la actual legislación sobre insolvencia al Congreso de la República, se explica que el proyecto se ha fundamentado en:

(...) las experiencias ocurridas durante la aplicación de los diferentes mecanismos concursales incluyendo los que le antecedieron, para obtener una nueva propuesta que cubra las expectativas de acreedores, deudores, jueces y en general de la comunidad económica empresarial, que garantice un proceso seguro, ágil y efectivo. Por eso, soportados en lo observado en el trámite de los acuerdos de reestructuración, en el régimen concordatario y liquidatorio vigente bajo la Ley 222 de 1995, y en los anteriores regímenes concordatarios (Decreto 350 de 1989 y Código de Comercio) y de la quiebra, fue estudiada una propuesta legislativa referente a un régimen general de insolvencia que sustituya, tanto al sistema temporal de la citada Ley 550 de

1999, como al concordato y la liquidación obligatoria regulados en la Ley 222 de 1995. (Exposición de motivos, proyecto de ley Régimen General de Insolvencia).

Estos procedimientos de concurso se fundamentan en una serie de principios que orientan la aplicación e interpretación de sus disposiciones, dando sentido a la autonomía y preferencia de sus reglas frente al resto de la legislación general. En común, en los distintos dispositivos, se encuentran tres principios básicos orientadores de los procedimientos de esta naturaleza: el principio de la universalidad, el de colectividad y el de igualdad de los acreedores. Estos tres principios han permitido fundamentar los argumentos en pro de la aplicación preferencial del concurso frente a los negocios fiduciarios y en particular con la modalidad de fiducia de garantía y fuentes de pago, frente al debate que sobre este tema se ha dado en Colombia.

Por el principio de universalidad, todos los bienes que integran el patrimonio del deudor en concurso deben hacer parte del procedimiento, por lo cual deben inventariarse junto con la relación de pasivos con que cuenta el fallido desde su inicio. El principio de universalidad se clasifica en dos especies: a) Universalidad Objetiva y, b) Universalidad subjetiva. La primera se refiere a que los bienes que, como ya se explicó, integran el patrimonio del deudor, como ya se explicó, integran, por regla general, la masa del concurso¹⁰¹. Por la Universalidad subjetiva, todos los acreedores, sin importar la naturaleza de su obligación, deben integrarse al concurso por encontrarse afectos al procedimiento la integridad de los bienes del deudor. Por esta razón, las legislaciones concursales prevén restricciones o prohibiciones para la enajenación, realización, o para la celebración de negocios que conlleven la posibilidad efectuar pagos con los activos que integran el patrimonio, dejando como excepción los casos en los que se trate de actividades que sean propias del giro ordinario de los negocios del empresario o en algunos casos, sometiénolos a autorización del juez del concurso. Por eso, la sanción a la vulneración de las reglas de protección especial frente a la disposición de bienes del deudor en concurso, viene acompañada también de reglas sobre ineficacia de los negocios celebrados por el deudor, además de contar con la posibilidad de recuperación de bienes que han sido sustraídos del patrimonio antes de la apertura del procedimiento, como es el caso de las acciones revocatorias y de simulación concursales.

101 Sobre el principio de universalidad objetiva, el profesor Rodríguez Espitia (2007) considera que: "Si bien este principio tiene mayor fuerza cuando el concurso es liquidatorio por la conformación de la masa, el mismo no es ajeno a los mecanismos recuperatorios, existiendo varias reglas que lo ponen en evidencia, como el derecho y práctica de medidas cautelares, la restricción de la capacidad del deudor a aquellas operaciones que correspondan al giro ordinario de sus negocios y a la procedencia de acciones revocatorias". (p. 69).

El principio de colectividad consiste en la exigencia a todos los acreedores del empresario fallido para que se presenten al concurso sin que se haga distinción sobre la clase de obligación que se les adeuda. Si el procedimiento busca proteger o salvar la empresa en crisis y pretende la proactividad del deudor, resulta natural que se exija como requisito para la iniciación del trámite, la relación de todos acreedores, esto con el fin de observar, no sólo las condiciones de viabilidad frente a los dispositivos de recuperación, sino de conocer el monto del pasivo y de emplazar, en la providencia de apertura del trámite, a los acreedores relacionados para que se vinculen en el proceso. El propósito del principio de colectividad dentro del concurso, es evitar que se resuelvan en forma individual los problemas de impago de las obligaciones del deudor, si bien todo acreedor tiene la posibilidad de lograr el pago de las prestaciones debidas con los bienes que integran el patrimonio del deudor individualizándolos en los procedimientos de ejecución, la apertura de un trámite concursal exige la presencia de todos los acreedores para buscar un acuerdo colectivo frente al pasivo del deudor en crisis que permita la recuperación de la empresa, pese a lo cual, si la estructura del acuerdo de recuperación no es exitosa, por violentar las previsiones de las reglas previstas en el procedimiento o por su incumplimiento, el principio se mantiene para efectos de la adjudicación o de la liquidación de la empresa en problemas. Todos los acuerdos y decisiones tomadas en el régimen de concursos parten del presupuesto del principio de colectividad en la medida en que afectan a todos los acreedores.

Finalmente, el principio de igualdad, también conocido como *par conditio omnium creditorum*, consiste en que, dentro del procedimiento concursal todos los acreedores deben recibir igualdad en el trato¹⁰², teniendo en cuenta y, por lo tanto, respetando las reglas legales establecidas para la prelación legal de pagos y para el manejo de privilegios y preferencias¹⁰³. Por esta razón, la doctrina lo presenta usualmente “...como un principio ético que reclama la constitución de una “comunidad de pérdidas”, diluyendo en la masa la catástrofe que implica la insolvencia del deudor común” (Goldenberg, 2010, p. 76).

102 Goldenberg (2010), en trabajo crítico sobre el principio de la igualdad observa que, si bien el principio permite la articulación del sistema para solucionar problemas de interpretación y, con ello, de evacuar vacíos en el procedimiento: “...la forma de articular la solución paritaria ha llevado a parte de la doctrina a asociar el “principio de igualdad” con el de “universalidad subjetiva”. Así, la reunión de los acreedores en un mismo procedimiento –suspendiendo el ejercicio de sus acciones individuales–, solo pasaría a tener sentido en cuanto todos los créditos sean tratados como iguales. Con ello se pretenderían evitar las “injusticias” del procedimiento de ejecución singular, que, basado en la idea del *prior in tempore, potior in iure*, benefician al acreedor más veloz (sea por diligencia o cercanía al deudor) en perjuicio de la masa.” (p. 75)

103 Frente a la concurrencia de varios acreedores el Código Civil colombiano (artículos 2488 a 2511), distingue cinco clases de créditos. Los primeros cuatro tienen preferencia en su orden. La quinta clase conformada por los créditos ordinarios o quirografarios, quedan a la espera del pago de sus preferentes. Las causas de las preferencias son dos, el privilegio y la hipoteca. Los créditos de primera, segunda y cuarta categoría tienen privilegio. El tipo de obligaciones que integran cada clase de crédito es de orden legal sin que pueda alterarse por acuerdo particular.

El punto de partida del debate que se presenta en el desarrollo de los patrimonios autónomos en Colombia, se puede enunciar como un enfrentamiento que aparece en la práctica entre la aplicación del régimen contractual de la fiducia frente al régimen de los procedimientos concursales cuando el empresario deudor, antes de la apertura del procedimiento de concurso, ha constituido negocios de fiducia mercantil de garantía enajenando activos que forman parte del patrimonio de la empresa que pueden brindar alivio frente a los planes de recuperación que sean propuestos. Se podrían resumir algunas de las aristas de la discusión con las siguientes preguntas: ¿Son esos bienes enajenados parte de la masa de bienes del concurso? ¿Deben hacerse al procedimiento los acreedores que cuentan con garantías fiduciarias? ¿Pueden las sociedades fiduciarias y los fideicomisarios acreedores ejecutar el contrato de fiducia a la par del procedimiento de concurso, como acreedores garantizados con un negocio fiduciario? ¿Cuál es la calidad con que cuentan los fideicomisarios acreedores al momento de graduar la prelación de créditos y los derechos de voto al participar en el procedimiento concursal? La actividad de la Superintendencia de Sociedades, de la academia, de los jueces y en últimas, del legislador ha ido construyendo a través de los años las respuestas a estas y otras preguntas, teniendo siempre como elemento subyacente, lo que podría denominarse como el sinsabor de una figura contractual con efectos patrimoniales que aún no ha encontrado su puesto en la mesa de discusión en el marco de la teoría de las obligaciones, bienes y contratos colombiana.

Las tesis enfrentadas son básicamente dos y se encuentran formuladas en términos de dar aplicación preferencial o no al concurso frente al negocio de fiducia en su modalidad de garantía y fuente de pagos. Detrás de los argumentos aparecen dos asuntos evidentes: de una parte, el sentido de protección de la empresa y sus acreedores, a partir de la aplicación de los principios del concurso, y de otro, la protección de los derechos adquiridos por vía de la autonomía de la disposición particular y, en ese orden, el sentido adecuado de la interpretación contractual del negocio fiduciario con sus particulares características, frente a la ejecución de las obligaciones del negocio, que en este caso se refieren al cumplimiento de las prestaciones ordenadas en el acuerdo fiduciario a la sociedad fiduciaria, frente a quienes aparecen como fideicomisarios en el contrato (acreedores del empresario) y frente al alcance de sus derechos, teniendo en cuenta que, con la celebración del contrato de fiducia, se han transferido bienes para conformar un patrimonio autónomo y con ello han, en principio, salido de la esfera patrimonial del fideicomitente deudor.

En razón del problema propuesto y con el fin de articular la ruta de análisis para el período en estudio, se revisarán en los apartes que continúan, las discusiones que en el marco de las dos categorías de procedimientos concursales se han presentado en Colombia junto con las respuestas que desde las autoridades administrativas y el legislador se han ofrecido.

4.2 El planteamiento de un problema: del Código de Comercio colombiano a las decisiones de la Superintendencia de Sociedades sobre el tratamiento de la fiducia de garantía durante los años noventa

En las reglas del Libro Sexto del Código de Comercio de 1971, si bien los acreedores con garantías reales debían hacerse parte del procedimiento concursal, se les facultaba ejercitar su acción real ante el mismo juez que tramitara el concordato (artículo 1618¹⁰⁴ del Decreto 410 de 1971) e incluso, desistir del mismo si no había acuerdo sobre el valor de los bienes gravados con la garantía real con el fin de iniciar la acción ejecutiva correspondiente. Esta situación vulneraba a todas luces los principios de colectividad e igualdad propios del concurso y, por lo tanto, dejaba en un plano inequitativo al resto de los acreedores, sin contar con que los fines del procedimiento, que buscan salvar la empresa viable y el empleo, se desdibujaban, dando prelación al pago con garantía real que quedaba ajeno a cualquier intento de recuperación cierta y efectiva del comerciante fallido.

La prerrogativa conferida incentivó que las garantías prendarias e hipotecarias tuvieran un mayor atractivo al momento buscar soluciones en el crédito empresarial.

El Decreto 350 de 1989, cambió el esquema diametralmente al impedir que este tipo de garantías pudieran sustraerse de los principios y reglas básicas del concurso. En efecto, el artículo 21 del decreto dispuso que, además de hacerse parte del procedimiento, los acreedores con garantía real conservarían su prelación y preferencia legales con el fin de lograr el pago de las obligaciones, pero dentro del

104 El artículo disponía: “Los acreedores con garantías reales también deberán hacerse parte en el proceso y podrán, a su elección:

1°. Abstenerse de concurrir a las deliberaciones, o intervenir en ellas, pero sin votar las decisiones, para ejercitar sus acciones reales en forma legal y ante el mismo juez que esté tramitando el concordato, y 2°. Intervenir, con voz y voto, sin menoscabo de la prelación legal que les corresponda para el pago del total de sus créditos hasta donde lo permita el valor que se fije en el concordato para los bienes gravados, concurriendo a prorrata por el déficit con los acreedores quirografarios. A falta de acuerdo sobre el valor de los bienes gravados, los acreedores indicados podrán desistir del concordato y ejercitar el derecho previsto en el ordinal 1° de este artículo. (Decreto 410 de 1971, Artículo 1618).”

marco del proceso concordatario y, en el evento de desacuerdo sobre el precio de los bienes gravados, se designaría perito cuya decisión sería inobjetable, dejando en todo caso, la fijación del precio dentro ámbito del poder del juez, con lo cual se abandonaba la concepción original del Código de Comercio sobre el tema, para someter a la igualdad en el trato en el concurso a esta categoría de acreedores¹⁰⁵.

Este cambio institucional conllevó necesariamente en el ambiente financiero a un ajuste frente a las reglas de cobertura del crédito. Todo acreedor busca que sus obligaciones sean pagadas y frente a la posibilidad de la inejecución de la obligación, la cobertura del riesgo se logra a través de las diferentes modalidades de garantías que contiene la autonomía de la contratación privada. El panorama natural del cumplimiento permite la reducción de la incertidumbre por medio de la contratación de seguridades frente al pago. No se trata sólo de contar con una garantía, sino que la garantía de pago sea adecuada. Dentro de ese marco las garantías reales han contado con el beneficio de la individualización de un bien (o una serie de activos determinados) para lograr el cumplimiento de una obligación en mora, incluyendo, además, ventajas en la prelación de pagos, con preferencias y privilegios legales que hacen más efectiva la posibilidad de superar el siniestro frente al deudor fallido en el momento de iniciar acciones judiciales independientes. Poderes que, derivados de las especiales características de esta clase de derechos reales, se incrementaron con la posibilidad prevista en el Código de Comercio del 71, de poder obrar durante el concurso con acciones de ejecución paralelas e independientes del procedimiento concordatario del empresario en problemas.

Para un acreedor institucional, este tipo de garantías, con las prerrogativas legales previstas en el concurso, permitían contar con una seguridad mayor en la medida en que la suerte de los acreedores con garantía real no dependía necesariamente de los resultados colectivos, propios del procedimiento concursal. Al promulgarse el decreto 350 de 1989, la perspectiva cambió aumentando el panorama de riesgo y, por lo tanto, de incertidumbre frente al manejo y conveniencia de las garantías reales. La aparición de nuevas reglas hace que las estrategias cambien hacia la

105 El texto de la norma es el siguiente: “Todos los acreedores del empresario deberán hacerse parte en la forma y términos señalados en el ordinal 4o del artículo 6o de este Decreto.

Los acreedores con garantía real conservan la preferencia y el orden de prelación para el pago de sus créditos, pero deberán hacerlos valer dentro del concordato. Si se presenta desacuerdo entre aquellos y el empresario o los demás acreedores, respecto del valor del bien objeto de la garantía, el juez decretará un dictamen de peritos escogidos de la lista de expertos que haya elaborado la Cámara de Comercio con jurisdicción en los lugares donde estén situados los bienes.

Este dictamen no será objetable; pero si el juez considera que no está suficientemente fundado o que no presta mérito de convicción, designará nuevos peritos y rendido su dictamen fijará el precio que corresponda. (Decreto 350 de 1989, Artículo 21).”

búsqueda de otro tipo de seguridades más efectivas¹⁰⁶. Este es el caso de la fiducia en la modalidad de garantía y fuentes de pago.

Lo primero que se observa para la fiducia en general, y para su modalidad de garantía, es que las reglas de los procedimientos concursales mencionadas no preveían disposiciones sobre este tipo de negocios. Ni el Código de Comercio en sus artículos sobre procedimientos mercantiles, ni el Decreto 350 de 1989, hacían mención específica sobre el tratamiento de la fiducia o de sus modalidades frente al concurso,¹⁰⁷ por lo que el análisis inicial frente a las ventajas que confería su contratación como garantía le hacía aparecer contractualmente como una excelente alternativa desde el punto de vista de los acreedores que buscaban obtener la mejor cobertura frente al pago.

Los argumentos en favor de la fiducia de garantía frente a otras posibles garantías para el crédito nacen de las mismas disposiciones legales mercantiles que reglan la fiducia¹⁰⁸: (i) la fiducia conlleva la transferencia del dominio de bienes del empresario, por lo que, en principio, los bienes ya no le pertenecen y pasan a conformar un patrimonio autónomo; (ii) en consecuencia, el patrimonio autónomo no puede ser perseguido por los acreedores del constituyente o fideicomitente, salvo que las obligaciones sean anteriores a la constitución de la fiducia, sometida esta posibilidad a las estrictas reglas especiales de la revocación del negocio fiduciario, (iii) La administradora de la garantía es la sociedad fiduciaria y, como tal, le corresponde verificar los avalúos de los bienes que integran el patrimonio autónomo, responder por los certificados de garantía entregados a los

106 El profesor Álvaro Isaza Upegui (1999), considera que fue la expedición del Decreto 350 de 1989 el que llevó al uso corriente y en aumento de la fiducia de garantía en el país, en razón a que la nueva legislación suprimió el derecho del acreedor con garantía real ante el concordato preventivo de su deudor para escoger entre concurrir al procedimiento o no, y en consecuencia, proceder a ejecutar por su cuenta la obligación. Explica el profesor Isaza: “A partir del año 1989 con la expedición del Decreto 350 surge una nueva legislación en materia de concordatos, donde el objetivo principal del concurso es “la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo” y en aras de tal fin se priva a los acreedores con garantía real del derecho de salirse del concordato para perseguir los bienes de su deudor, entonces se inicia aceleradamente el desprestigio de la prenda e hipotecas como garantías y comienza el florecimiento especialmente en los acreedores pertenecientes al sector financiero, de la garantía fiduciaria, pues ésta daba muchas facilidades para la efectividad de las obligaciones caucionadas.” (1999, p. 41)

107 En el Decreto 350 de 1989 sólo se hace mención a la fiducia de garantía para un caso diferente al de estudio, es la situación en que los bienes de la empresa sean insuficientes para la cobertura de los créditos reconocidos o que por actos del deudor se impida u obstaculice el pago, caso en el cual se autoriza al ejercicio de la acción revocatoria frente a los contratos celebrados dentro de los 18 meses anteriores a la apertura del concurso sin buena fe exenta de culpa, entre esos contratos se encuentra la fiducia en garantía por asegurar deudas con terceros (artículo 19, No. 7). La otra mención que se hace de la fiducia se encuentra al inicio del decreto cuando entre las medidas que buscan conservar y recuperar a la empresa en problemas se indica como instrumento: “La administración del patrimonio y los negocios de la empresa por un establecimiento de crédito o una sociedad fiduciaria debidamente autorizados por la Superintendencia Bancaria” (Decreto 350 de 1989, artículo 2, No. 1).

108 Similares argumentos se pueden encontrar en: Isaza (1999, p. 41), quien agrega en su listado, la posibilidad de maximizar tanto el valor comercial de los bienes fideicomitados, como el de la garantía por vía de reavalúos periódicos, y la facilidad con que en el contrato de fiducia de garantía se logra la sustitución de acreedor con el cambio y/o expedición de certificados sin que se afectar la garantía otorgada, lo que permite un mayor dinamismo en el tiempo a la cobertura frente a los negocios del empresario.

acreedores fideicomisarios, y el manejo y precauciones generales sobre la garantía; (iv) la exigibilidad de la garantía solo requiere de la presentación del certificado de garantía, quedando la fiduciaria con la responsabilidad frente a la verificación del cumplimiento de la obligación y el pago o realización del patrimonio autónomo para el pago, sin requerir de una acción judicial de ejecución, ni tener que acudir dentro del proceso al remate de los bienes, como sucede en los trámites ejecutivos; (v) las normas fiduciarias prevén una serie de deberes indelegables para las fiduciarias que permiten un manejo más estricto y seguro de los bienes y de las relaciones derivadas del contrato de administración de la garantía.

Esta aparente tranquilidad frente al crédito se perdió a partir de la decisión tomada por la Superintendencia de Sociedades, Auto 410-6017 de 18 de diciembre de 1995, dentro del procedimiento concordatario de la empresa ACERÍAS PAZ DEL RÍO S. A. (en adelante Acerías), en vigencia del Decreto 350 de 1989, al resolver los recursos de reposición presentados por la Sociedad Fiduciaria Anglo S. A (en adelante Fiduángulo), el Banco de Bogotá S. A., The Chase Manhattan Bank, National Association y el Chemical Bank en relación con las decisiones tomadas en Autos 410-5447 y 410-5577, en los que la Superintendencia advierte que toda medida que implicara el pago o negociación o acuerdo sobre activos, directamente o a través de un tercero, requerirían de su autorización.

El trasfondo de la decisión tenía como objetivo impedir que Fiduángulo, en cumplimiento de los acuerdos contractuales, pagara las obligaciones incumplidas por Acerías a los acreedores fideicomisarios con certificados de garantía, con el uso de los activos del patrimonio autónomo constituido por la empresa que, en su calidad de fideicomitente, había enajenado a título de fiducia en la modalidad de garantía. Activos que resultaban fundamentales para la negociación del acuerdo concordatario con los acreedores de la empresa¹⁰⁹.

109 Téngase en cuenta el impacto regional que representaba la crisis de la empresa. En el diario El Tiempo bajo el título "Paz del Río a Concordato", se presentaba la noticia así: "A Paz del Río están vinculados más de tres mil trabajadores boyacenses. La empresa es el polo de desarrollo más importante que tiene el departamento. La actividad económica que genera cobija más de 20 municipios en las provincias de Sugamuxi, Tundama, Norte y Gutiérrez. Esta semana, por solicitud de la Acerías Paz del Río S.A., la Superintendencia de Sociedades admitió un concordato preventivo de esa empresa. El concordato preventivo tiene por objeto la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica (sic) y fuente generadora de empleo así como la protección adecuada del crédito." (El Tiempo, 5 de mayo de 1995).

Explica Manrique (1998), que Acerías Paz del Río había logrado la refinanciación de su pasivo por 140 millones de dólares, refinanciación garantizada con una fiducia. La operación completa consistió en escindir los activos derivados de la actividad cementera de la actividad desarrolladas por Acerías con el acero, formando otra sociedad cuyas acciones integrarían el patrimonio autónomo. la fiducia tenía dos objetivos concretos: "...vender por el mecanismo de ADR en el mercado americano acciones de la nueva sociedad cementera por valor de aproximadamente 52 millones de dólares y destinar el fruto de esas ventas a pagar deudas de la empresa productora de acero con los banqueros nacionales y extranjeros y –mantener en la fiducia el resto de las acciones de la sociedad cementera con el propósito de garantizar a éstos mismos banqueros las obligaciones refinanciadas. Bajo esta misma modalidad la fiduciaria debía en caso de que la empresa productora de acero no tendiera sus obligaciones, proceder a evaluar las acciones de la cementera y venderlas ofreciéndolas preferentemente a los acreedores y posteriormente al mercado en general, para con el fruto de la venta pagar el pasivo garantizado". (p. 76)

Manrique (1998) sintetiza la tesis contraria a la sostenida por la Superintendencia de Sociedades en el caso de Acerías Paz del Río, tesis cuyos argumentos resumen la postura de los recurrentes en reposición: la fiducia de garantía es una garantía personal otorgada por un tercero (la sociedad fiduciaria), la finalidad es "...obtener recursos de crédito que se inviertan en su operación o plazos que mejoran su flujo de caja, es un acto justificado" (1998, p. 73); constituir la fiducia en garantía de pago a los acreedores supone un acto de transferencia del dominio de los bienes que no produce disminución patrimonial del deudor fideicomitente, sino un cambio en la naturaleza de los derechos, por lo que el fideicomitente en su contabilidad registra derechos fiduciarios en calidad de constituyente del negocio por el valor de los activos transferidos, siendo un negocio de enajenación a título oneroso, del cual los acreedores son terceros, pues el vínculo contractual que une la fiduciaria con el fideicomitente deudor es autónomo y abstracto. La fiduciaria al pagar a los beneficiarios solo cumple con una obligación contractual de garantía que le es propia, que surge del acuerdo contractual, en ese sentido no está pagando la obligación del constituyente, sino cumpliendo su prestación contractual de cobertura. La consecuencia frente al concordato, de acuerdo con esta tesis, es que los acreedores garantizados pueden hacerse o no parte del concurso y, aun así ejecutar por fuera del mismo, siempre y cuando informen al juez del concurso los pagos efectuados, y en todo caso, la previsión busca que se hagan las reservas correspondientes dentro del concurso y el pago, según su desarrollo.

A los argumentos de Manrique (1998), que se concentran en la esfera de lo contractual, se agregan otros argumentos que observan desde el concurso del empresario, el fenómeno analizado: si bien la ley dispone que los administradores de una empresa en concurso han de abstenerse de realizar pagos y constituir cauciones desde la admisión del concordato, la celebración de un contrato de fiducia en garantía, la enajenación de bienes para constituir el patrimonio autónomo, la entrega de certificados a los beneficiarios, y en general el conjunto de acuerdos fiduciarios, del caso hipótesis de trabajo, son anteriores al concurso mismo, por lo que los derechos derivados del contrato eficazmente celebrado no pueden desconocerse con la apertura del trámite posterior. La ley dispone además la continuidad de los contratos de tracto sucesivo, como es el caso de la fiducia, por lo que la Superintendencia de Sociedades como Juez del concurso excede su ámbito funcional al desconocer el contrato de fiducia y sus efectos. Para esta circunstancia se encuentran previstas las acciones revocatorias concursales que permiten reconstruir el patrimonio del fallido a través de la revocación de los contratos celebrados durante el período de sospecha, anterior a la iniciación del concurso (Isaza, 1999).

El polémico Auto 410-6017 de 18 de diciembre de 1995 proferido por la Superintendencia de Sociedades parte de considerar que ante los vacíos normativos del Decreto 350 de 1989, sobre el tratamiento de la fiducia, resulta indispensable hacer una interpretación armónica y sistemática de la ley,¹¹⁰ teniendo en cuenta que el mandato contenido en el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, y que las disposiciones legales sobre el contrato de fiducia son disposiciones propias de la autonomía privada para la regulación de relaciones patrimoniales. Para el efecto, parte del supuesto de que las reglas concursales son imperativas y preferentes por lo que, en el momento de interpretar de los contenidos contractuales de los acuerdos que involucren al empresario en concurso, deben ser tenidas en cuenta, porque por su naturaleza, se incorporan al contrato aun cuando no consten en el mismo. De igual forma, sustenta su afirmación indicando que no se pueden ejercer derechos subjetivos al existir derecho objetivo aplicable, así como tampoco es permisible desconocer normas imperativas por vía de convenio, tal y como disponen los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 15 del Código Civil colombiano.

Los problemas jurídicos en torno a la tesis que predica la necesaria autorización de la Superintendencia de Sociedades para la realización de la garantía fiduciaria, en realidad buscan resolver otras aristas del problema: (i) ¿De acuerdo con los derechos que se derivan de la relación fiduciaria de garantía, ¿cuál es el tratamiento que se debe dar al contrato en el procedimiento? Y, como corolario de lo anterior, según el tipo de derechos que emanan del negocio fiduciario para los fideicomisarios acreedores: (ii) ¿qué calidad de acreedores serían los beneficiarios de la fiducia dentro del trámite de concurso? Y, por lo tanto, ¿cuál es su orden en la prelación de pagos?, es decir, si cuentan con preferencia y privilegio alguno frente al concurso de acreedores. En el fondo las respuestas a estas preguntas parten de una hipótesis básica que preocupa a la Superintendencia por primera vez: los activos que integran el patrimonio autónomo y que sirven como garantía de pago a los fideicomisarios acreedores de Acerías Paz del Río, son indispensables para la negociación del acuerdo de recuperación de la empresa, estos han sido enajenados a título de fiducia con fines de garantía y con ello, en principio, han salido de la masa de bienes de la compañía, por lo que la tesis de la necesaria autorización exigida por el juez del concurso para la disposición de los activos de la empresa, debe dejar en claro que, a pesar de la disposición contractual, los bienes siguen perteneciendo

110 La Superintendencia de Sociedades en su revisión encuentra que las disposiciones sobre concursos del Decreto 350 de 1989 sólo hacen referencia a la fiducia en el artículo 19, No. 7, con el fin de dar aplicación de la acción revocatoria concursal. Además, encuentra que la Superintendencia Bancaria tan sólo hace referencia a la materia para efectos de la evaluación de cartera de crédito y provisiones, tema en el cual asimiló para efectos contables a la fiducia de garantía con los créditos con garantía real.

a Acerías Paz del Río y, por lo tanto, hacen parte de la masa de bienes disponibles para la solución del concurso. Frente a ese supuesto, se debe resolver un segundo problema relativo a la calidad de los acreedores fideicomisarios en el concurso, habida cuenta de que, por las disposiciones legales previstas para el contrato, cuya celebración fuera anterior a la apertura del concurso, los acreedores gozaban del derecho a exigir el pago sin necesidad de acudir a procedimientos judiciales de ejecución, con la presentación de su certificado de garantía a la sociedad fiduciaria para que ésta cumpliera la finalidad prevista en las cláusulas contractuales según los mecanismos previstos de realización de la garantía acordados. La Superintendencia construye en dos etapas sus argumentos, revisando primero los efectos del patrimonio autónomo derivado de la fiducia de garantía frente a la prelación de pagos, para pasar luego al estudio del contrato frente al concordato preventivo.

En sus consideraciones sobre el primer punto, revisando los artículos 1226, 1233 y 1227 del Código de Comercio, en los que se describen los contenidos de la fiducia y la formación del patrimonio autónomo como consecuencia de la transferencia de los bienes del empresario, observa que la enajenación de los bienes "...lo mismo que el patrimonio autónomo derivado de la constitución legal de la fiducia privada, se producen en atención a la finalidad perseguida por el fiduciante" que, justamente, es servir de garantía frente al cumplimiento de las obligaciones adquiridas por éste con los acreedores fideicomisarios, para concluir que: "...de ahí que los acreedores del fiduciario no puedan hacer prevalecer el medio sobre el fin y extender su derecho de persecución sobre los bienes transferidos a su deudor a título de fiducia" (Superintendencia de Sociedades. Auto 410-6017 de 18 de diciembre de 1995).

Sin embargo, la Superintendencia continúa su argumento haciendo un curioso análisis interpretativo del artículo 1238 del Código de Comercio, en el que se desarrolla la acción revocatoria para los negocios fiduciarios, convirtiéndola en una excepción al sistema de prelaciones legales dispuestas en la legislación civil y aplicables al régimen de concursos. La Superintendencia considera que la norma, al establecer que los bienes fideicomitados no pueden ser perseguidos por los acreedores del fideicomitente salvo que sus acreencias sean anteriores a la celebración del negocio fiduciario, debe interpretarse como una excepción especial al sistema de prelaciones legales, en la medida en que los fideicomisarios cuentan con prelación frente a los acreedores del fideicomitente respecto de acreencias contraídas con posterioridad a la celebración del contrato de fiducia, prelación que tiene como objetivo la ejecución frente a los bienes que integran

el patrimonio autónomo¹¹¹. Para concluir que sólo por esa razón se presenta la excepción prevista en el artículo 1238 del Código de Comercio, en relación con la posibilidad de persecución de los bienes entregados en fiducia por parte de los acreedores anteriores a su celebración.

Frente al estudio del concordato preventivo y la fiducia en garantía (segunda parte de la decisión), la Superintendencia destaca la conveniencia del modelo contractual frente a otras garantías como la hipoteca y la prenda, en la medida en que su realización es extrajudicial, sin embargo, frente al concurso cuestiona “...su pretendida realización extraconcordataria sin sujeción a la ley”, además de distinguir entre la, ya mencionada, prelación especial contenida en el artículo 1238 del Código de Comercio, y la posibilidad de ejecución separada de la garantía fiduciaria por fuera del concurso, por lo que discurre sobre las consecuencias legales de la admisión de un concordato preguntándose por el tratamiento que recibe el fiduciante empresario que ha sido admitido en el procedimiento.

Advierte que las normas sobre procedimientos mercantiles son especiales y además posteriores dentro de la estructura del Código de Comercio y, por ello, tienen aplicación preferente frente al resto de normas que contiene, incluido el régimen de las obligaciones y contratos mercantiles. El Decreto 350 de 1989 busca la conservación y recuperación de la empresa en sus fines, lo cual permite explicar el carácter universal del concordato frente a los bienes del deudor y frente a los acreedores, quienes deben hacerse parte dentro del mismo, sin hacer distinciones sobre la clase o naturaleza de obligación de la que son titulares como parte activa, que para el caso de los acreedores con garantía real implica el mantenimiento de la preferencia y prelación que les corresponda, siempre y cuando se ejerciten sus poderes dentro del procedimiento concordatario.

El artículo 21 del Decreto 350 de 1989 exige la presencia sin distinguos, de todos los acreedores. La consecuencia de no concurrir oportunamente al proceso es

111 La Superintendencia de Sociedades parece pasar por alto el sentido de la revocación, pues como regla de excepción al principio de la relatividad de los negocios jurídicos la revocación solo procede frente al desequilibrio patrimonial probado (imposibilidad de pago o de persecución de otros bienes que integren el patrimonio del deudor) causado por la celebración del contrato de fiducia, es decir, situaciones que obedecen a una situación nueva (la constitución del patrimonio autónomo) para los acreedores del deudor fideicomitente. En ese sentido, lo que el legislador busca, al prohibir la revocación del contrato por acreedores posteriores a la celebración del mismo, no es conferir una excepción a la prelación de pagos, como interpreta la Superintendencia, sino darle estabilidad al contrato, en la medida que los acreedores posteriores a la constitución del patrimonio autónomo ya cuentan con el conocimiento previo de la situación patrimonial del fideicomitente, por lo que mal estaría permitir la revocación de un negocio eficazmente celebrado, siendo esta una medida excepcional, por su violencia contra la estabilidad del contrato. En ese orden de ideas, resulta muy diferente la revocación en el concurso durante el período de sospecha, o la posibilidad de determinar la ineficacia de relaciones contractuales, prevista en el concurso, cuando tales relaciones violentan las disposiciones concordatarias o buscan impedir la adecuada realización de los principios y fines del concurso.

doble: (i) prohíbe participar en las audiencias a los no presentados, quienes, (ii) “... para hacer efectivos sus créditos sólo podrán perseguir los bienes que le queden al empresario una vez cumplido el concordato, o cuando éste se declare fracasado o incumplido y se inicie el proceso de quiebra” (Decreto 350 de 1989, artículo 26)¹¹².

Haciendo cita de un concepto de la Superintendencia Bancaria del año 1989¹¹³, en el cual se estudia la estructura del fideicomiso en garantía y enmarca sus características dentro de las denominadas garantías personales sin que cuente con reconocimiento legal alguno de derechos de privilegio y persecución al beneficiario, resalta que “...el fiduciario al pagar la deuda cumple simplemente una obligación personal a su cargo y a favor del fideicomisario, cuya fuente es precisamente el negocio fiduciario”. La autoridad bancaria compara los derechos de los beneficiarios de la fiducia de garantía con los derechos reales sin encontrar similitud entre ellos, aun cuando reconoce que en materia contable ha equiparado las garantías fiduciarias con los créditos con garantía real siempre que el patrimonio autónomo permita lo que denomina como expectativa razonable de recuperación del crédito frente al eventual incumplimiento del deudor.

A partir de esta revisión la Superintendencia de Sociedades sostiene la tesis consistente en que, aun cuando de la fiducia de garantía no nacen más que derechos personales, estos no son equiparables por las características propias del contrato, a los derechos emanados de las garantías personales, por lo que el criterio orientador para la determinación de su naturaleza se encuentra determinado por las reglas del concordato.

En efecto explica que:

Es indiscutible que la garantía fiduciaria no genera derechos reales, tal y como lo ha destacado la Superintendencia bancaria. Pero ello no conduce a la equiparación de la fiducia en garantía con las garantías simplemente personales, para efectos del trámite legal del concordato preventivo obligatorio. (Superintendencia de Sociedades. Auto 410-6017 de 18 de diciembre de 1995).

112 El decreto cuenta con dos excepciones a la regla: el reconocimiento en la audiencia preliminar de créditos no presentados oportunamente, aceptados con el voto del empresario más uno o más acreedores que representen el 75% como mínimo de los votos (artículo 27), y la posibilidad con que cuentan los acreedores del empresario frente a la ejecución de codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito, caso en el cual pueden optar por ser parte del concurso o ejecutar a los terceros (artículo 13).

113 Se refiere la Superintendencia de Sociedades al Concepto No. 040130 de agosto 31 de 1989 de la Superintendencia Bancaria.

Los argumentos que expone para afirmar esta tesis se podrían sintetizar así:

La relación contractual que nace del contrato de fiducia para el fiduciario no es la de codeudor ni garante del fideicomitente empresario. En el esquema contractual:

El patrimonio autónomo representado procesalmente por el fiduciario, tampoco es asimilable a un garante personal, no solo porque carece de personalidad jurídica sustancial, sino principalmente porque los bienes que lo integran no son propiedad de ningún garante y han sido transferidos por el propio fiduciante con el objeto de garantizar sus obligaciones. (Superintendencia de Sociedades. Auto 410-6017 de 18 de diciembre de 1995).

Frente a lo cual agrega:

La separación patrimonial tan no es absoluta que los acreedores del fiduciante anteriores a la constitución de la fiducia pueden perseguir los bienes fideicomitados. Ello confirma que se trata de bienes simplemente afectos a una finalidad de garantía, la cual, aunque no es oponible a todos los acreedores del fiduciante, como ocurre con las garantías que generan los derechos reales de persecución y preferencia, si lo es frente a los acreedores posteriores al negocio fiduciario, ante los cuales sí genera una prelación legal que los beneficiarios deben hacer valer dentro del concordato sobre los bienes fideicomitados. (Superintendencia de Sociedades. Auto 410-6017 de 18 de diciembre de 1995).

En estos argumentos iniciales pueden observarse tres dimensiones diferentes para el análisis que la Superintendencia mezcla en su afán por determinar que los derechos de los fideicomisarios acreedores no son en estricto sentido derechos personales: De una parte, se encuentra la equiparación contractual, por la cual se busca deslindar de los contratos de garantía personal, es decir, de aquellos cuya garantía se encuentra conformada por el patrimonio de un codeudor o de un tercero que acepta cumplir la obligación en el evento del impago del deudor, caso en el cual, las reglas que les son propias subyacen en el marco de los derechos personales en la medida en que el poder que se aloja en éste tipo de prestaciones consiste en la posibilidad de exigir el cumplimiento del garante, incluso llegando al evento de la ejecución judicial. Al parecer, con este argumento, el objetivo de la Superintendencia es evidenciar el hecho de que el fiduciario no es garante o

codeudor y que su relación es la de un administrador fiduciario de la garantía, de acuerdo con lo previsto en el contrato.

La segunda dimensión del argumento se refiere al patrimonio autónomo que se ha integrado con los bienes fideicomitidos. Al respecto, en igual forma que en el anterior caso, la intención es demostrar que el patrimonio autónomo no es un tercero garante o codeudor y su presupuesto principal es el hecho de que no es persona, para concluir que es tan sólo el instrumento que servirá para la realización del pago en el evento del siniestro.

La tercera dimensión se refiere ya no al contrato de fiducia como tal, sino a la naturaleza de los derechos que de éste se derivan para los fideicomitentes acreedores. Salta a la vista que la regla general se soporta, en nuestro derecho, bajo la afirmación de que de los contratos sólo se derivan derechos personales, por lo tanto, las prestaciones a las cuales accede el fideicomitente acreedor son de esta misma naturaleza. No hay derechos reales reconocidos por la ley, entre otras cosas, porque la titularidad del dominio sobre los bienes se restringe al ámbito legal del patrimonio autónomo, que en Colombia no permite, como sí sucede en el derecho angloamericano, considerar al beneficiario como un *equity ownership*, y por lo tanto como detentador de un derecho real. La Superintendencia en su argumento busca sostener que la acción especial de revocación de los contratos fiduciarios prevista en el Artículo 1238 del Código de Comercio es una excepción especial al sistema de prelación legal de la legislación civil, y que además conlleva la posibilidad de persecución de los bienes que integran el patrimonio autónomo con el fin de sostener el endeble argumento de que la propiedad aún se encuentra ligada al fideicomitente empresario.

Este argumento puede considerarse como un argumento débil por varias razones. En primer lugar, porque las acciones de revocación, como ya explicé, son acciones de excepción, que para el caso del artículo 1238 del C. de Co., parten del reconocimiento de la estabilidad de los contratos eficazmente celebrados, para lo cual, sin que se requiera demostrar fraude del deudor o connivencia para el alzamiento de bienes, se exige la demostración de aspectos objetivos tales como el tiempo de celebración del contrato de fiducia respecto de las obligaciones que persiguen los acreedores del fideicomitente, el desequilibrio patrimonial con causa en la celebración del contrato que se busca revocar, acompañado de la ausencia de otros bienes que integren el patrimonio del deudor y que permitan razonablemente lograr el pago¹¹⁴. Por lo que la revocación no es una regla general,

114 Sobre el particular se puede consultar la Circular Jurídica básica 007 de 1996, Superintendencia Bancaria, Título V, Capítulo I, Numeral 4.

sino una regla excepcional, con requisitos excepcionales e independientes del procedimiento contractual y del sistema de prelación legal, preferencias y privilegios.

El contar con la prerrogativa de revocar un contrato de fiducia con causa en la acción prevista en el artículo 1238 del Código de Comercio, no puede considerarse algo parecido al ejercicio de un derecho real de persecución, entre otras cosas porque tal poder solo se puede ejercer sobre bienes determinados, no sobre un patrimonio *in genere*.

La posibilidad procesal que permite, una vez revocado el contrato y reconstruido el patrimonio del deudor, busca realizar los principios de economía y celeridad procesal para los accionantes de la revocación. Ellos justamente cuentan con la posibilidad del ejercicio de la revocación por el hecho de que la celebración de la fiducia y la constitución del patrimonio autónomo se hicieron con posterioridad a los compromisos contractuales de pago que debía satisfacerles el deudor fideicomitente. El supuesto normativo que no autoriza ejercitar la acción de revocación a los acreedores del fideicomitente posteriores a la celebración del contrato de fiducia, se halla anclado en el conocimiento que éstos han debido tener de la situación patrimonial del deudor al contratar, como parte de sus cargas negociales, pues el deudor previamente había afectado su estado con la celebración de un contrato de fiducia.

El hecho de impedir que los acreedores posteriores del fideicomitente revoquen el contrato, no significa que los beneficiarios cuenten con una prelación para el pago frente a los bienes que integran el patrimonio autónomo, como lo sugiere en sus conclusiones la Superintendencia de Sociedad, pues, en este caso lo único que se está protegiendo es la estabilidad del contrato y, con ello, la estabilidad de la transferencia legítima del dominio con título en la fiducia mercantil, que en este supuesto se encuentra en la modalidad de garantía.

Detrás de los argumentos de la Superintendencia aparece un protagonista: los fideicomitentes acreedores de Acerías Paz del Río, ¿Qué hacer con ellos en el concurso? De ser acogidos como simples fideicomitentes sus derechos en concordato para todos los efectos, a más de ser derechos personales, los dejarían en el plano de meros acreedores quirografarios o acreedores ordinarios, es decir, acreedores residuales de quinta clase, quienes luego de contar con una excelente garantía pasarían, de no ser por los argumentos de la Superintendencia, al rango

más bajo de cobertura. Pareciera, mejor, que detrás del tema hay un par de cabos sueltos: el primero consiste en qué hacer con los derechos adquiridos por vía contractual frente al concurso.

Si los contratos son anteriores a la apertura del procedimiento, como en este caso, lo lógico sería acudir a la acción de revocación concursal, porque el argumento de que el procedimiento concursal es autónomo y preferente, así como de orden público, no parece muy sólido frente a los derechos adquiridos a partir de la celebración del contrato de fiducia, en este caso, en la modalidad de garantía. Sin embargo, el segundo cabo suelto, es más complejo que el primero: deviene sustentar por qué los bienes cuyo dominio se ha transferido para formar un patrimonio autónomo, sin que haya revocación, pueden ser, jurídica y contablemente, considerados como parte de la masa de bienes de la empresa¹¹⁵.

El argumento final de la Superintendencia para asimilar al contrato de fiducia en garantía a una garantía real en el concordato es el siguiente:

No cabe duda de que la fiducia en garantía es asimilable para estos efectos a una garantía real, pues se constituye sobre bienes del fiduciante que gozan de una afectación especial sin ser adquiridos por beneficiario alguno y sin ingresar al activo del fiduciario y dicha afectación especial del patrimonio autónomo, aunque no creó derechos reales a favor de los beneficiarios, si va más allá de una simple limitación del derecho real de dominio del fiduciante y genera en todo caso una prelación legal frente a los otros acreedores posteriores al negocio, la cual es totalmente extraña al régimen de los quirografarios. (Superintendencia de Sociedades. Auto 410-6017 de 18 de diciembre de 1995).

Para la Superintendencia, la vocación universal del concordato, consecuencia del principio *par conditio creditoris*, solo cuenta con unas excepciones legales

115 Esta razón es la que ha llevado a algunos especialistas en el tema a afirmar que la decisión en comento era más política que jurídica. Es el caso de Flórez (1997), quien en su trabajo sobre la fiducia en la modalidad de garantía considera que la tensión de su práctica se debe a la "...aplicación de ciertos criterios más de carácter político y económico que jurídico, cuyo resultado podría ser no considerarla como seguridad confiable en futuras operaciones" (p.218), y concluye que la tesis de la Superintendencia de Sociedades "...desconoce la existencia de unos bienes en cabeza de una sociedad fiduciaria y no del deudor concursado, cuyo régimen depende en lo absoluto del contrato de fiducia y no de los posibles acuerdos concordatarios" (p. 240). Para observar otras consideraciones sobre el tema puede revisarse el trabajo de Reyes (1999): "Los procesos concursales frente al contrato de fiducia en garantía".

dentro de la cual se encuentra la prelación legal que ha deducido de lo dispuesto en el artículo 1238 del Código de Comercio para los acreedores del fiduciante que cuenten con acreencias posteriores a la constitución de la fiducia, previsión que no los autoriza a sustraerse del concordato. Citando a Díez-Picasso y Ponce de León, la Superintendencia establece que el principio de igualdad de los acreedores solo puede romperse si se demuestra que existe (i) legalidad (norma que exceptúe expresamente su aplicación); (ii) una causa suficiente para su aplicación como pueden ser razones de política económica o jurídica, y (iii) una razón de excepcionalidad o privilegio reconocido en el cuerpo normativo, para concluir que no se encuentran para los beneficiarios de la fiducia en garantía, reglas que permitan considerar que hay alguna excepción en la materia frente al principio de igualdad.

Para la Superintendencia no se puede considerar que el pago que hace la fiduciaria es el pago de un tercero y que, por lo tanto, es un pago legítimo, pues si el fideicomitente ha transferido los bienes a título de fiducia, constituyendo un patrimonio autónomo, para conferir una garantía en favor de sus acreedores, de ello no se puede colegir que el fiduciario sea su propietario formal, ni sustancial, porque su gestión depende de la finalidad prevista en el contrato. De igual forma tampoco se puede deducir que el patrimonio autónomo es el llamado a cumplir con las obligaciones en favor de los beneficiarios acreedores, porque el patrimonio autónomo no cuenta con la calidad de persona y solo las personas, según se desprende del artículo 633 del Código Civil, pueden contraer obligaciones y ejercer derechos. En ese sentido, lo que hace el fiduciario al pagar las obligaciones garantizadas no es otra cosa que actuar por cuenta del empresario fideicomitente, criterio que es aplicable a todo negocio fiduciario.

Haciendo acopio de la exposición de motivos Proyecto de Código de Comercio de 1958 y del Oficio OJ - 479 de 25 de septiembre de 1973, de la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Sociedades expresa en los considerandos de la decisión, que el origen de la fiducia comercial en Colombia se encuentra en el *trust* anglosajón en el cual hay una escisión del derecho de propiedad de la cual se deriva una propiedad formal para el fiduciario y otra para el constituyente, a quien se le confiere de manera condicionada y limitada un derecho de persecución sobre los bienes que ha entregado en fiducia. El beneficiario no tiene derecho de propiedad

frente a los bienes fideicomitidos, pues su derecho frente a la garantía en la fiducia es eventual, pues pende de la condición del cumplimiento¹¹⁶.

Finalmente, la Superintendencia soluciona el problema de la propiedad y la transferencia del dominio en el negocio fiduciario en garantía, así:

A pesar del carácter fragmentario de la regulación de la empresa en el derecho comercial vigente en el país, la diferenciación en cuestión permite afirmar que los bienes trasferidos a título de fiducia en garantía por el empresario para respaldar obligaciones contraídas por el ejercicio de la empresa, hay que entenderlas todavía afectos a una finalidad de pago de las obligaciones derivadas de la actividad empresarial, y de ahí que los bienes fideicomitidos en garantía por el empresario no puedan ser considerados “externos” o “ajenos” al concordato, como tampoco lo son los bienes propios que han sido hipotecados o prendados por él con ese mismo propósito. (Superintendencia de Sociedades. Auto 410-6017 de 18 de diciembre de 1995)

Durante la vigencia de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades mantuvo la tesis propuesta en el caso de Acerías Paz del Río, aun cuando sus

116 La cita que se hace de la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1958 por la Superintendencia de Sociedades se encuentra fuera de contexto, pues en ella se hace alusión a la doble titularidad (la formal para la fiduciaria) y a la titularidad del fideicomitente. Si se revisa con detenimiento la exposición de motivos, la preocupación de la Comisión se refería a otro problema: cómo adaptar en nuestro sistema jurídico la propiedad legal en cabeza del fiduciario y la propiedad en equidad, en cabeza del beneficiario, propias del derecho angloamericano. Para la Comisión, tal escisión se resolvía dejando derechos de propiedad formal al fiduciario, y confiando al fideicomisario prerrogativas jurídicas para el ejercicio de sus derechos, que si bien no le reconocían derecho de propiedad o dominio, si le permitían proteger sus intereses. La titularidad que se predica en la cita, para el fideicomitente, tampoco se refiere a la propiedad y es extraña al derecho anglosajón, son simplemente derechos que en casos excepcionales, particularmente frente problemas relativos a la administración del fiduciario, buscan que se realice el inventario de los bienes fideicomitidos y se persiga de terceros la recuperación de los mismos. En ese orden de ideas, la Superintendencia de Sociedades (Auto 410-7500 de 25 de septiembre de 1998), hace una cita, fuera del contexto de la preocupación académica y legislativa de la Comisión, con el fin de sustentar su tesis. Además, se pasa por alto, haciendo que la pérdida de contexto sea mayor, que el término patrimonio autónomo, en su consagración legal, no corresponde a lo recomendado por la Comisión del 58, sino a la del 68, tal y como se explicó en el capítulo 2. La Comisión de 1958 buscó la solución en conferir derechos que acercaran a los que reconoce la escisión de titularidad del dominio en el derecho angloamericano. En las results del trabajo de la Segunda Comisión, es decir, en la norma que hoy es el Código de Comercio colombiano, el problema fue resuelto en forma tajante, consagrando por primera vez, el patrimonio autónomo en los negocios fiduciarios y describiendo en la ley sus efectos, de manera muy distinta al trabajo expuesto por la primera Comisión. Con el fin de una mayor comprensión se presenta la cita completa del texto de la Comisión, subrayando el aparte tomado por la Superintendencia del Proyecto de Código de Comercio, elaborado por la Comisión Revisora del Código de Comercio, Ministerio de Justicia, Bogotá, Julio 1958, Tomo II, p. 295: “Bajo el evidente influjo del sistema del “trust” anglosajón, que en la fiducia prevista en él, y que constituye el antecedente del régimen actual sobre el particular, se daba la coexistencia de una doble titularidad sobre los bienes fideicomitidos: una que implica un derecho efectivo de dominio por parte del fiduciario (artículos 1135 a 1137 del proyecto), el cual aparece bajo ciertas condiciones y limitaciones, como dueño de los bienes fideicomitidos, dominio que, frente a terceros de buena fe, es definitivo. La otra titularidad es la del constituyente, a quien se concede, también bajo ciertas condiciones y limitaciones, el derecho de persecución propio del titular de todo derecho real (artículos 1135, 1136 y 1137), y en cuyo patrimonio pueden considerarse en ocasiones los bienes fideicomitidos, los cuales pueden regresar a dicho constituyente” (artículo 1141).”

argumentos se fundamentaron más en la confrontación de la naturaleza del concurso y en los elementos que estructuran el contrato de fiducia en su modalidad de garantía. Como ejemplo de lo anterior, en tres casos diferentes, durante el año 1998¹¹⁷, la Superintendencia usó las mismas consideraciones sin modificar una sola palabra, como si de un formato se tratara, variando solo la relación específica del caso en los hechos y pretensiones específicas del mismo para retomarlo al llegar a las resoluciones. Por esta razón, se considera importante observar a continuación los argumentos que mantuvo en el formato de los tres casos, que muestran una variación en sus considerandos para formular la misma tesis que sostuvo en el caso de Acerías.

Estos tres Autos son: (i) el Auto No. 410 -7500 de 25 de septiembre de 1998, que resuelve el recurso de reposición interpuesto por Gilberto Peña Castrillón como apoderado de Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S. A., Fiducoldex dentro del proceso concordatario de la sociedad Autos Cosaco Ltda. En este caso la fiduciaria, en cumplimiento de sus deberes contractuales frente a dos contratos de fiducia de garantía constituidas por Autos Cosaco Ltda., hizo entrega de bienes que integraban el patrimonio autónomo a título de dación en pago a acreedores beneficiarios, daciones que fueron declaradas ineficaces por la Superintendencia por Autos que son el objeto del recurso presentado.

Los argumentos del recurso se fundamentan en cuatro puntos: que Fiducoldex como fiduciario obró en cumplimiento de sus deberes contractuales, que los bienes ya no son propiedad de Autos Cosaco Ltda., por haberlos enajenado a título de fiducia, que la fiduciaria no obra en representación de la sociedad, sino en forma autónoma en cumplimiento de sus obligaciones, obligaciones que de no ser cumplidas conllevan el incumplimiento frente a los beneficiarios de la garantía. El recurrente en sus conclusiones considera que la medida de hacer solidariamente responsable a la fiduciaria por las enajenaciones que realice sin autorización del juez del concurso es exagerada, invitando a la

(...) superintendencia a que revoque esta providencia bajo la sola consideración de que no puede prestarse a que se utilicen los beneficios y el ropaje o velo de las normas concursales para que un deudor abuse de sus derechos...” La Superintendencia de Sociedades debe reflexionar hasta qué punto “...está coadyuvando claros abusos del derecho en que incurrir deudores concordados que no solo desconocen sus propios actos, aprovechan indebidamente la fe en las

117 Como podrá observarse fácilmente, los tres Autos de la Superintendencia de Sociedades se fallaron el mismo día: 25 de septiembre de 1998.

instituciones jurídicas e invocan las normas concursales como un velo protector de verdaderas defraudaciones al sector financiero”.

(Superintendencia de Sociedades de Colombia. No. 410 -7500 de 25 de septiembre de 1998).

El segundo auto de la Superintendencia (ii) es el Auto 410-7513 del 25 de septiembre de 1998. Este caso se resuelve dentro del procedimiento concordatario de la sociedad Industrial Ítalo Colombiana de Conductores Eléctricos, ITALCEL Ltda., con unos hechos diferentes al anterior: la Fiduciaria del Pacífico S. A. realizó una serie de ventas sobre bienes que habían sido transferidos a título de fiducia en la modalidad de garantía. La Fiduciaria, concedora de la admisión del trámite concordatario de la sociedad, por comunicación enviada por la Superintendencia de Sociedades, adelantó la venta de un bien inmueble que integraba el patrimonio autónomo para pagar a un acreedor fideicomitente, venta y pago que se hicieron efectivos. Razón por la cual el apoderado de la sociedad ITALCEL Ltda., informó de los hechos a la Superintendencia como juez del concurso, con el fin de solicitar la ineficacia del contrato de venta del inmueble y del pago que con el producto de la venta realizó la fiduciaria al acreedor beneficiario. La Superintendencia resuelve decretando la ineficacia de lo actuado y oficiando a la Superintendencia Bancaria para que investigue la conducta de la fiduciaria.

Finalmente, (iii) el Auto 410- 7508 de 25 de septiembre de 1998, proferido dentro del procedimiento concordatario de la sociedad Cerámicas Continental S. A. La Fiduciaria Colpatria S. A. pretende que la Superintendencia reconozca su titularidad como fiduciario de un bien inmueble que transfirió la sociedad en concurso a título de fiducia de garantía y que integra el patrimonio autónomo que administra, bien inmueble que debe vender para cumplir con las obligaciones garantizadas en beneficio de los acreedores beneficiarios. Sus argumentos son tres: el bien no pertenece a la sociedad pues fue enajenado a título de fiducia de garantía e integra el patrimonio autónomo objeto de la administración; al no pertenecer el bien a la masa del concurso, el pago de la garantía no afecta a la masa concurso; el negocio de fiducia es válido, eficaz y oponible a terceros, por tal razón solo puede verse afectado por la revocación especial que prevé el artículo 146 de la Ley 222 de 1995, acción revocatoria concursal, por lo que, hasta que no se realice el procedimiento de revocación judicial del contrato, éste conserva eficacia plena. La Superintendencia rechaza la solicitud, negando la autorización.

La estructura de las consideraciones de la Superintendencia para dar solución a los tres casos anteriores se podría dividir en dos grandes apartes: a) una descripción de la fiducia mercantil desde sus orígenes hasta llegar a la modalidad de garantía, tratando de describir qué es el patrimonio autónomo a través de diferentes teorías,

b) una descripción de los procedimientos de concurso a partir de sus principios y características básicas con el fin de confrontarlos con la fiducia. Los puntos de diferenciación de los argumentos de la Superintendencia frente a otras decisiones se encuentran en las consideraciones sobre la descripción de la fiducia mercantil, por lo que a continuación se hará una síntesis de los mismos.

De acuerdo con la estructura descrita, la Superintendencia explica los aspectos básicos de la fiducia mercantil, para luego pasar a revisar los antecedentes históricos de la fiducia en el derecho romano y en el derecho anglosajón, último caso para el cual, haciendo un recorrido sobre su origen medieval, detecta las dificultades propias que para nuestro sistema legal supone el reconocimiento de la propiedad legal en cabeza del fiduciario y de la propiedad en equidad que ostenta el beneficiario, agregando, sin mayor detalle, que los países latinoamericanos, entre ellos Colombia, “desestimaron la concepción del derecho anglosajón, según la cual existen dos clases de propiedad”. (Superintendencia de Sociedades, Auto No. 410 -7500 de 25 de septiembre de 1998).

El Auto agrupa, en lo que denomina como teorías, marcos o visiones sobre el tratamiento de la fiducia contemporánea: (i) la teoría del mandato, por la cual el negocio fiduciario supone la realización de un mandato irrevocable, en el que no hay transferencia del dominio de los bienes que se entregan al fiduciario, como si sucede en la fiducia, tal como lo consagraron la legislación panameña y mexicana; (ii) la teoría del patrimonio sin titular, que considera como elementos esenciales del negocio la finalidad para el que se constituye y el conjunto de bienes que se transfieren para formar un patrimonio autónomo, del cual nadie es titular, siendo un patrimonio de afectación por encontrarse sometido a la finalidad convenida; (iii) la teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad, para hacer mención al caso angloamericano en el cual hay, al decir de la Superintendencia, una propiedad legal y una propiedad formal, indicando que esta teoría no fue acogida por el carácter absoluto del derecho real en nuestras legislaciones; y, (iv) la teoría del fideicomiso como una transmisión de derechos por la cual todo fideicomiso es un patrimonio de afectación del cual es titular el fiduciario con el fin de ejercer derechos o de dar cumplimiento a las obligaciones propias del acuerdo. En ese recorrido, pasa a revisar el caso colombiano haciendo un recorrido desde las leyes 51 de 1918 y 45 de 1923, hasta llegar al Proyecto de Código de Comercio de 1958, llegando a afirmar en su revisión que “...pese a que el fiduciario tiene la propiedad de los bienes fideicomitados, los mismos no se confunden con sus propios activos, sino que deben ser manejados en forma independiente...” hablar de propiedad en cierto sentido “restringido” (Superintendencia de Sociedades, Auto No. 410 -7500 de 25 de septiembre de 1998).

La Superintendencia (1998), reconoce que no existe definición legal de la fiducia mercantil en garantía y observa que las primeras discusiones sobre esta modalidad se encuentran en el Oficio OJ -416 de 4 de noviembre de 1974¹¹⁸, proferido por la Superintendencia Bancaria, oficio en que no considera posible la realización de la fiducia con fines de garantía porque la asimila a un pacto comisorio, cuyo objeto es ilícito en la legislación colombiana; sin embargo, a continuación, observa que la Superintendencia Bancaria al revisar el tema, cambia su postura en el Oficio OJ-136 de 13 de noviembre de 1981, para indicar que, si el beneficiario es un tercero, como sucede en el caso de la fiducia, es posible su celebración¹¹⁹.

118 Puede ser consultado también, como un importante concepto sobre el patrimonio autónomo, interpretaciones sobre la apropiación y acoplamiento de la fiducia, el Oficio O. J. 262 de Junio 3 de 1974, de la misma Superintendencia Bancaria (1978).

119 Sobre el tema resulta importante mencionar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, con ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, de 14 de febrero de 2006, en la cual, como problema jurídico central se confronta el negocio de fiducia de garantía para observar si esta modalidad contractual se encuentra dentro del ámbito del pacto comisorio prohibido por la legislación colombiana. El pacto comisorio es el acuerdo que el deudor hace con el acreedor para que disponga de la garantía ofrecida en el evento en que no se ofrezca el pago de lo debido. Encuentra la Corte que el alcance del pacto se encuentra limitado a contratos específicos como es el caso de la prenda, la hipoteca y la anticresis: “A ellos, por tanto, se encuentra circunscrita la prohibición contemplada en los artículos 2422 y 2464 del Código Civil y 1203 del Código de Comercio, por manera que no es posible extender esa veda, inconsultamente, a otro tipo de negocios jurídicos desarrollados por el mismo legislador, en particular al de fiducia mercantil, no sólo porque el intérprete no puede hacer un empleo extensivo de normas prohibitivas, de suyo de aplicación estricta, *a fuer* de restrictiva, sino también porque, en el caso de la fiducia en garantía, ella tiene características bien singulares que la diferencian de otra clase de cauciones como la fianza, el aval, o las mismas garantías reales, todo sin perjuicio del origen y arquitectura que, en general, le es propia a la fiducia en Colombia, como se acotó”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de febrero de 2006)

Este punto que separa de plano el negocio fiduciario de garantía del pacto comisorio se acompaña del análisis que hace el ponente de la garantía fiduciaria, que como patrimonio autónomo, puede ser realizada para el pago frente al acreedor beneficiario por la sociedad fiduciaria en cumplimiento de la obligación contractual. Es decir, a diferencia de lo que se busca evitar en el pacto, la indebida disposición de la garantía por parte del acreedor que cuenta con derechos reales sobre el bien objeto de la misma, en la fiducia de garantía se ha enajenado uno o varios bienes por el fideicomitente para constituir un patrimonio autónomo con el fin de garantizar el pago de sus obligaciones, por lo cual el acreedor beneficiario no dispone de ellos frente al incumplimiento, ni cuenta con ningún derecho real de disposición frente a los mismos. La disposición, en efecto, la hace un tercero, la sociedad fiduciaria en cumplimiento de los cometidos del contrato en el evento de la presentación del certificado de garantía.

Sin embargo, en el análisis que hace la Corte sobre el tema, llama la atención que frente a los efectos derivados de la constitución del patrimonio autónomo, haciendo cita específica del Proyecto de Código de Comercio Colombiano de 1958, sugiere la existencia de lo que denomina como propiedad instrumental por parte de la sociedad fiduciaria. En efecto explica en el fallo que la fiducia:

“En primer lugar, implica la transferencia de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciante al fiduciario, quien, por tanto, adquiere la titularidad del derecho de propiedad, aunque nunca de manera plena, ni definitiva, *stricto sensu* (art. 1244 C. de Co.), sino en la medida necesaria para atender los fines establecidos primigeniamente por el fideicomitente (propiedad instrumental). En rigor, el fiduciario entonces no recibe –ni se le transfiere– un derecho real integral o a plenitud, *a fuer* de concluyente y con vocación de perpetuidad, no sólo porque en ningún caso puede consolidar dominio sobre los bienes objeto de la fiducia, ni ellos forman parte de su patrimonio (arts. 1227 y 1233 ib.), sino porque esa transferencia, de uno u otro modo, está condicionada por el fiduciante, quien no sólo determina el radio de acción del fiduciario, sino que es la persona –o sus herederos– a la que pasara nuevamente el dominio, una vez termine el contrato, salvo que el mismo fideicomitente hubiere señalado otra cosa (art. 1242 ib.)”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de febrero de 2006)

Agregando más adelante en la explicación sobre el particular carácter de la transferencia del dominio que:

“(…) esa singular forma de recibir el fiduciario la propiedad, explica que el legislador hubiere previsto que, por regla, los bienes fideicomitidos constituirían un patrimonio autónomo –o especial para otros– afecto a la finalidad prevista en la fiducia (art. 1233 C. de Co.), cuyo titular formal es el fiduciario, aunque no puede desconocerse que, *mutatis mutandis*, “bajo ciertas condiciones y limitaciones” subsiste una titularidad en el constituyente, “en cuyo patrimonio pueden considerarse, en ocasiones, los bienes fideicomitidos, los cuales, inclusive, pueden regresar a dicho constituyente”, como lo precisan las actas de la referida Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio de 1958, muy útiles para reconstruir la *intention* del legislador mercantil”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de febrero de 2006).

Por último, debe anotarse que con la expedición de la Ley 1676 de 2013, que trata el tema de las garantías mobiliarias, se autoriza el pago directo con la adjudicación del bien al acreedor garantizado, superando la prohibición que la legislación civil mantenía.

En la fiducia de garantía las obligaciones que se amparan son obligaciones contraídas por el fideicomitente deudor, nunca del fiduciario ni del patrimonio autónomo que éste administra. De tal manera que:

En otras palabras, no por tener la condición de beneficiarios de un fideicomiso en garantía, tales fideicomisarios dejan de ser acreedores del deudor fiduciante, y, por lo tanto, como se verá más adelante, están sujetos a los principios que gobiernan el concurso (Superintendencia de Sociedades, Auto No. 410 -7500 de 25 de septiembre de 1998).

En ese sentido, la labor de la fiduciaria es una labor que supone la administración de acuerdo a las indicaciones del constituyente de la fiducia, indicando que la fiduciaria “representa” al fideicomitente, acercando su actividad a la representación o mandato, con el fin de establecer la unión entre lo que hace la fiduciaria con lo ordenado en el contrato por el constituyente, con lo cual lo que se prohíbe al deudor en concurso, se prohíbe al administrador fiduciario. Explica la Superintendencia que:

(...) independientemente de la denominación que pudiere adoptarse, el punto central, el cual ha pretendido ser desconocido por algunos, utilizando expresiones como la de “vocero”, es que la fiduciaria tiene la representación del fiduciante en el sentido de que los actos que ella haga o ejecute los hace en nombre y por cuenta de aquel y por lo tanto producen efectos liberatorios para el deudor. Por ello cuando la fiduciaria paga, paga el deudor, pues aquella lo hace en desarrollo de las instrucciones que le impartió éste (...). (Superintendencia de Sociedades, Auto No. 410 -7500 de 25 de septiembre de 1998).

Con lo cual quiere establecer que las actuaciones de la fiduciaria son heterónomas y que no le es permitido a la fiduciaria en su actuación contractual, así se encuentre autorizado en las cláusulas del acuerdo, todo aquello que se encuentra prohibido al constituyente de la fiducia, en este caso, el deudor en concurso: “El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales” (Superintendencia de Sociedades, Auto No. 410 -7500 de 25 de septiembre de 1998). Esto constituiría un fraude a la ley.

Finalmente, en relación con la naturaleza de los derechos derivados de la fiducia en modalidad de garantía la Superintendencia considera que del contrato

solo se derivan derechos personales por lo que de la fiducia con fines de garantía no se derivan derechos que conlleven persecución ni privilegio, para lo cual se apoya en el Concepto 040130 de 31 de agosto de 1989, de la Superintendencia Bancaria:

(...) el beneficiario acreedor adquiere frente al fiduciario únicamente derechos de carácter personal, en los términos del artículo 666 del Código Civil, en virtud de los cuáles puede exigir de éste, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones personales, el fiel cumplimiento de las obligaciones correlativas, pero en ningún caso surgen para el fideicomisario derechos reales respecto de los bienes fideicomitidos. (Superintendencia de Sociedades, Auto No. 410 -7500 de 25 de septiembre de 1998).

4.2.1 Las modificaciones al régimen de concursos y su impacto en el tratamiento de los patrimonios autónomos en el negocio fiduciario

Al estudiar en detalle el mapa de formación de las disposiciones actuales sobre el concurso en Colombia, desde las normas previstas en el Código de Comercio de 1971, sobre procedimientos mercantiles, hasta llegar a las reglas sobre insolvencia, promulgadas en el año 2006, se evidencia un profundo debate acerca de los presupuestos, objetivos, finalidades y procedimientos adecuados para el manejo del concurso, debate que enfatiza y recauda las experiencias anteriores y que amplía los instrumentos de salvamento en búsqueda de herramientas que van más allá de la protección de los acreedores y de la sanción e inhabilitación del deudor fallido, para encontrar en el orden constitucional argumentos sobre la función social de la empresa como ente generador de riqueza y empleo, que permitieron proyectar los mecanismos del procedimiento concursal hacia objetivos más amplios para la recuperación de la empresa y/o a su liquidación en caso de resultar necesaria.

Como se explicó al inicio del capítulo, luego de la expedición de las reglas contenidas en el Decreto 410 de 1971 y en el Decreto 350 de 1989, derogatorio del régimen anterior, sobre el concurso, se promulga un nuevo conjunto de reglas sobre procedimientos concursales contenidas en la Ley 222 de 1995. Esta Ley es una reforma integral al régimen societario y concursal (libros Segundo y Sexto de la codificación original) del Código de Comercio, siendo para la época el primer trabajo del cuerpo legislativo colombiano frente a la discusión de códigos o estatutos sobre la materia. Téngase en cuenta que antes de la promulgación

de la Constitución Nacional de 1991, este tipo de cuerpos normativos eran el resultado del ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso al Presidente de la República, facultades que autorizaban el nombramiento de comisiones de expertos en el área a quienes se confiaba la redacción y motivación de los decretos extraordinarios, como sucedió para el caso del Código de Comercio de 1971.¹²⁰

En segundo lugar, como una medida para enfrentar la recesión económica colombiana vivida entre los años 1997 a 1999, y como mecanismo de salvamento temporal, que suspende las disposiciones concordatarias vigentes para la fecha, se promulga la Ley 550 de 1999, sobre acuerdos de reestructuración empresarial.

La concepción de salvamento prevista en la Ley 550 de 1999 considera el acuerdo de reestructuración como un instrumento de carácter privado, en la medida en que el acuerdo promovido para la reactivación de la empresa en problemas se encontraba dispuesto bajo el ámbito particular de la autonomía de la disposición privada, a partir de un proceso cuya dirección recaía en un amigable componedor, denominado promotor.

Este procedimiento tuvo vigencia hasta el año 2006, en el cual se expiden por el legislador las reglas sobre insolvencia empresarial, incorporadas en la Ley 1116 de 2006, que sustituyen las disposiciones anteriores y que recaudan el conjunto de experiencias logradas no sólo a través de la redacción legislativa de los anteriores estatutos concursales, sino de su aplicación ante la crisis de la empresa frente al

120 La vigente Constitución Política de 1991, prevé que el Congreso en el marco de su competencia legislativa, puede conferir precisas facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley al ejecutivo, sin embargo, la norma, además de limitar en el tiempo las facultades (6 meses) y de sujetarla a mayorías especiales para su votación, prohíbe expresamente que se confieran para la expedición de códigos o para regular temas que son propios de los contenidos leyes estatutarias y orgánicas, o sobre la organización administrativa y técnica del Congreso, o para la creación de impuestos. (Artículo 150 No. 10). Esta previsión en la anterior Carta Política, establecía en el artículo 72 No. 12, producto de la reforma constitucional que introdujo el Acto Legislativo No. 1 de 1968, la posibilidad de que si la conveniencia o necesidad lo aconsejaren, el Congreso podía conferir las mismas facultades extraordinarias, *pro tempore*, pero sin limitación frente al tiempo a conferir, ni sobre la materia, teniendo como consecuencia que el campo de discusión natural para las leyes durante este periodo saliera del Congreso y pasara al ámbito del ejecutivo. El constituyente de 1991 buscó devolver al Congreso de la República lo que, además de sus funciones de control político, le corresponde institucionalmente: hacer las leyes. El alto número de excepciones previstas en la Constitución anterior al 91 para el ejercicio por el Congreso de su actividad legislativa ordinaria, por ejemplo, los estados de excepción, estado de sitio y estado de emergencia económica (artículos 121 y 122 Constitución de 1886) y la facultad constitucional conferida al ejecutivo para expedir decretos o reglamentos constitucionales autónomos en materia financiera, que permitían al presidente cambiar la estructura del sistema financiero o definir y establecer reglas para los contratos, sin que hubiera una ley marco de facultades o una discusión en el Congreso sobre la materia (Artículo 120 No. 14), son, entre otras excepciones previstas, ejemplos claros de cómo el ejecutivo tenía un alto grado de control y manejo sobre la expedición de cuerpos normativos, que en algunos de los casos, como fue el caso mercantil, resultaban teniendo la categoría de Códigos o estatutos, sin que mediara un debate y votación pública de la ley en su ámbito natural, el Congreso de la República..

trámite específico, bien fuera para la recuperación y salvamento de la empresa o para su adjudicación o liquidación¹²¹.

A partir del mapa diacrónico sobre los procedimientos concursales y con fines de facilitar la comprensión de la metodología utilizada, la presentación de los contextos fiduciarios y de los efectos derivados frente a los patrimonios autónomos, estará referida a la presentación de los marcos temporales específicos en los que aparece la problemática o la respectiva solución para el procedimiento concursal referido, por lo que se presentarán acompañados de los contextos y contenidos propios de cada uno de los trámites, teniendo en cuenta el alto tecnicismo que exige el tratamiento de recuperación de la empresa en crisis, de su adjudicación y/o de su liquidación.

4.2.2 La fiducia y los patrimonios autónomos en la Ley 222 de 1995

Desde que la Superintendencia de Sociedades fijara su doctrina sobre el manejo de la fiducia de garantía en el entorno del concurso, doctrina que inicia con el caso de Acerías Paz del Río S. A., y que reitera en posteriores decisiones, casi en forma concomitante, el Congreso de la República acoge el proyecto de reforma al régimen de sociedades y procedimientos concursales colombiano, al expedirse la Ley 222 de 1995¹²².

Esta ley tenía como objetivo presentar un cuerpo normativo que unificara el concurso, trámite que recupera su naturaleza judicial, ahora aplicable a personas naturales o jurídicas tengan o no la calidad de comerciantes. Para la unificación de las reglas del concurso se prevén en la ley dos instrumentos: "...un concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor" (Ley 222 de 1995, Art. 89), que busca la recuperación y conservación de la empresa, así como a la adecuada protección del crédito (Ley 222 de 1995, Art. 94), y la liquidación o concurso liquidatorio del patrimonio del deudor fallido para buscar el cumplimiento de sus obligaciones. Se destacan en sus logros la profesionalización de los órganos del concurso, en particular, de los contralores y liquidadores y la despenalización que se tenía prevista para la quiebra.

121 Sobre este período se pueden consultar los trabajos de: Reyes (1996). *Reforma al régimen de sociedades y concursos*; de Rodríguez (2004). Los principios rectores de la ley 550 de 1999. (2005). El acuerdo de reestructuración como modalidad de concurso y la revocación de los actos del deudor; (2007). Aproximación al derecho concursal colombiano; (2008) El Derecho Concursal colombiano a la luz de la Constitución.

122 Publicada en el Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995.

Si bien la Ley 222 de 1995 contiene una propuesta de cambio profunda en materia concursal¹²³, podrían distinguirse dos tipos de lineamientos relacionados con el ámbito de los negocios fiduciarios. De una parte, el trato general frente a los efectos previstos con la admisión y trámite del concurso, y de otra, algunas especificaciones legales que cobijan en forma particular el tema fiduciario, siendo importante recalcar, que la perspectiva legal no recoge aún las discusiones que se presentaron a partir del caso de Acerías, por lo que, para el manejo del tema, el tratamiento continúa siendo de orden interpretativo, siguiendo la línea argumentativa que fijó la Superintendencia de Sociedades.

Los primeros aspectos enunciados se encuentran relacionados con la providencia de apertura del trámite y sus efectos.¹²⁴ Como es natural en los trámites de concurso, la solicitud debe acompañar un proyecto de fórmula de arreglo con los acreedores y una explicación detallada de las causas que condujeron a la situación de crisis, por lo cual, una vez determinado que el deudor se encuentra incurso en los supuestos que orientan el procedimiento y demostrado el cumplimiento de requisitos sustanciales y formales exigidos¹²⁵ para su iniciación, la autoridad judicial revisa el conjunto de documentos aportados y procede, ante el cumplimiento de las condiciones legales, a preferir la providencia de apertura al trámite, providencia en la cual se nombra el contralor y la Junta Provisional de Acreedores, para, posteriormente, disponer sobre aspectos cruciales, no sólo para el procedimiento y la eficacia de los principios del concurso, sino para el manejo de los negocios de la empresa durante el trámite. Entre estos aspectos se encuentran la orden de notificar a los acreedores para que se hagan parte del procedimiento y la inscripción de la providencia de apertura en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio principal del deudor y de sus sucursales.

En este punto se debe resaltar que la providencia de apertura previene al deudor para que no realice enajenaciones que se encuentren por fuera del giro ordinario de sus negocios, ni constituya cauciones, realice acuerdos o pagos, ni reformas estatutarias de ser persona jurídica, sin autorización del juez del concurso, so

123 Un análisis comparativo de las variaciones entre la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999 puede encontrarse en la obra de Reyes. (2004). *Derecho societario*, en los capítulos correspondientes al procedimiento concursal, páginas 397-495.

124 Artículos 98 y 99 de la Ley 222 de 1995.

125 Estos requisitos, que se encuentran dispuestos en los artículos 96 y 97 de la Ley 222 de 1995, determinan los contenidos de la solicitud de la apertura del concordato, que en lo sustancial exige el cumplimiento de las obligaciones del comerciante, y en lo formal requieren de la presentación de una serie de documentos anexos que permiten dar cuanta de ese cumplimiento y de la situación de la empresa. Entre estos, se debe resaltar la obligación de relacionar en forma completa y actualizada a los acreedores con la información que permita identificarlos para su notificación y establecer cuantías, montos, intereses y naturaleza de la obligación a su cargo, así como la exigencia de presentar los estados financieros de los últimos tres meses, junto con los inventarios de bienes de la empresa y la determinación de los gravámenes que sobre ellos penda.

pena de ineficacia de pleno derecho, que puede ir acompañada de la imposición de multas para los acreedores como para el deudor.¹²⁶

Dentro de los efectos de la providencia de apertura se encuentra el fuero de atracción que ejerce el procedimiento concordatario frente a los procedimientos de ejecución y de restitución de inmuebles del deudor, con el fin de que sean incorporados al trámite y sigan su suerte, prohibiendo además la iniciación de nuevos trámites de igual naturaleza¹²⁷. En igual forma se determina que obrará la interrupción de términos de prescripción y de caducidad frente a créditos perfeccionados o exigibles con anterioridad al inicio del concurso desde el momento de la apertura del procedimiento concordatario y hasta su terminación, declaratoria de cumplimiento o de incumplimiento del acuerdo¹²⁸, según el caso. De igual forma se prevé la continuidad de los contratos de tracto sucesivo durante el procedimiento.¹²⁹

Como se observa en su revisión, la Ley 222 de 1995, no regula en forma expresa disposición alguna sobre la fiducia y sus efectos patrimoniales, por lo que en ese sentido la doctrina de la Superintendencia de Sociedades sigue prevaleciendo, es

126 En efecto, la sanción dispuesta es la siguiente: “Los actos que se ejecuten en contravención a lo previsto en este ordinal, serán ineficaces de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial y darán lugar a que la Superintendencia de Sociedades imponga al acreedor o al deudor, según el caso, multas sucesivas hasta de cien (100) salarios mínimos mensuales, hasta tanto se reverse la operación respectiva”. (Ley 222 de 1995, Artículo 98, N. 3, inciso 2). Además, indica que la autorización correspondiente, se tramita ante la Superintendencia de Sociedades que decide, sin suspender el trámite concordatario, en providencia que permite recurso de reposición.

127 En efecto la norma establecía que:

“A partir de la providencia de apertura y durante la ejecución del acuerdo, no podrá admitirse petición en igual sentido, ni proceso de ejecución singular o de restitución del inmueble donde desarrolle sus actividades la empresa deudora.

La Superintendencia de Sociedades librára oficio a los jueces y funcionarios administrativos competentes para conocer de procesos judiciales o de cualquier procedimiento o actuación administrativa de carácter patrimonial contra el deudor, para que le informen la naturaleza y estado de la actuación, en la forma y con el detalle que ella indique.

Tratándose de procesos ejecutivos o de ejecución coactiva, dentro de los tres días siguientes al recibo de oficio, el juez o funcionario ordenará remitir el expediente a la superintendencia de Sociedades. Una vez ordenada la remisión, se procederá a efectuarla dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto que la ordene.

El Juez o funcionario declarará de plano la nulidad de las actuaciones que se surtan en contravención a lo prescrito en el inciso anterior, por auto que no tendrá recurso alguno.

El Juez o funcionario que incumpla lo dispuesto en los incisos anteriores incurrirá en causal de mala conducta, salvo que pruebe causa justificativa.

Los procesos, demandas ejecutivas y los de ejecución coactiva, se tendrán por incorporados al concordato y estarán sujetos a la suerte de aquél. Los créditos que en ellos se cobren se tendrán por presentados oportunamente, siempre y cuando tal incorporación se surta antes del traslado de créditos.

Cuando se remita un proceso ejecutivo en el que no se hubieren decidido de manera definitiva las excepciones de mérito propuestas, éstas se considerarán objeciones, y serán decididas como tales. Las pruebas recaudadas en el proceso remitido serán apreciadas en el trámite de la objeción.

Si en los referidos procesos se hubieren propuesto como excepciones de mérito las de nulidad relativa, simulación o lesión enorme, el Juez remitirá copia del expediente, conservando el original para resolver las referidas excepciones y cualquier otra que se hubiere propuesto junto con éstas”. (Ley 222 de 1995, artículo 99)

128 Ley 222 de 1995, Artículo 102.

129 Ley 222 de 1995, Artículo 103.

decir que, si obran fiducias de garantía constituidas antes del trámite concordatario no es posible dar continuidad a su ejecución sin autorización del juez del concurso con los mismos argumentos sostenidos en la decisión de Acerías Paz del Río y en las decisiones subsiguientes: el fiduciario solo ejecuta los mandatos del deudor fideicomitente, por lo que lo que se encuentra prohibido para el fideicomitente también se encuentra prohibido para el fiduciario. Los acreedores beneficiarios no tienen derechos sobre los bienes fideicomitidos que integran el patrimonio autónomo y les es obligatorio presentarse en el concurso. Sobre este punto en particular, aun cuando sus derechos, derivados del contrato, son personales o de crédito, se sigue manteniendo la asimilación que la Superintendencia introdujo en su tesis por la cual se les confiere el trato de acreedores con garantía real para efectos de la prelación de créditos. En conclusión, La Ley 222 de 1995, al no regular nada sobre la materia relativa al manejo en el concurso de las fiducias de garantía y el patrimonio autónomo que se constituye para el efecto, permite la aplicación de los argumentos de la Superintendencia de Sociedades, tesis que se mantiene hasta la expedición de la Ley 550 de 1999.

En relación con el tratamiento particular que se ofrece en la legislación del periodo se encuentra la consagración de la acción revocatoria concursal, que procede frente

(...) a los actos realizados injustificadamente por el deudor dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de la solicitud del trámite concursal, cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de pagos (Ley 222 de 1995, artículo 146).

En el listado de negocios susceptibles de revocación durante el período de sospecha se incluyó el caso específico de la constitución de patrimonios autónomos, sin indicar la naturaleza del contrato ni su modalidad, debiendo demostrarse para el ejercicio de la acción la contratación injustificada de la fiducia, no importa la modalidad de la que se trate y la consecuente constitución del patrimonio autónomo¹³⁰, siempre y cuando afecte a uno cualquiera de los acreedores y se ponga en riesgo la adecuada aplicación de la prelación de pagos. En todo caso, la disposición también prevé para efectos de la revocación “La constitución de gravámenes, hipotecas, prendas o cauciones para garantizar deudas originalmente no caucionadas” (Ley 222 de 1995, Artículo 146, N. 8), caso en el cual también puede invocarse para lograr la revocación del negocio fiduciario de garantía por tratarse de una forma de caución.

130 Ley 222 de 1995, Artículo 146, N. 3.

4.2.3 El concurso en épocas de recesión: reactivación empresarial, fiducia y patrimonios autónomos

Después de 1996, la economía colombiana entró en un proceso de desaceleración de sus indicadores. En el período 1997 – 2000, los indicadores de crecimiento, PIB real, desempleo, producción y rentas, evidenciaron que el país se encontraba en recesión económica¹³¹. Sector real y sector financiero estaban afrontando pérdidas, acompañados de un alto nivel de déficit fiscal nacional.

En 1998, el ejecutivo, por primera vez en vigencia de la recién promulgada Carta Política de 1991, decreta el estado de emergencia económica con el fin de expedir medidas que aliviaran las dificultades en cinco sectores, claramente afectados en forma diversa por la crisis: medidas para la banca privada, para la banca pública y el sector cooperativo, medidas que aliviaran la tensión desatada por la crisis del sector de la construcción, tendientes principalmente a conseguir fuentes para inyectar recursos que permitieran dar solución a los deudores de créditos de vivienda frente al alto nivel de siniestralidad que presentaban sus obligaciones con bancos y corporaciones de ahorro y vivienda.

En este ambiente de desconfianza y paro, la empresa privada afrontó serias dificultades de liquidez frente a los altos costos de la financiación institucional, los disminuidos niveles de consumo y la desconfianza de la inversión por los altos niveles de riesgo, llevaron a que tuvieran que afrontar situaciones de crisis profundas. Frente a este panorama, tomando como punto de partida el reconocimiento constitucional de la empresa como fuente generadora de riqueza y de empleo, se consideró necesario que el régimen vigente en materia de concordatos cambiara, para adoptar un sistema que ayudara a superar las dificultades de la empresa en crisis teniendo en cuenta las particularidades de la coyuntura nacional. En ese contexto se promulga la Ley 550 de 1999 con el fin de lograr la reactivación empresarial, legislación que sustituye, en forma temporal, el régimen concordatario contenido en la Ley 222 de 1995, manteniendo vigente e incólume el procedimiento de liquidación obligatoria.

El ámbito de aplicación de la Ley 550 de 1999 es restringido a empresas que operen en el país sin importar la clase de persona jurídica, si es nacional o extranjera, pública o privada o de economía mixta, incluyendo, como novedad,

131 Pueden consultarse entre otros los siguientes documentos sobre el tema: “Factores de éxito o fracaso de la Ley 550 de 1999”, de la Superintendencia de Sociedades de Colombia (2013); de Torres (2011) “La crisis colombiana de finales del siglo XX: ¿Un choque real o financiero?”; de Farfán & Castro (2013) “El diagnóstico en un momento de crisis;” de Silva-Colmenares (2003) Colombia: crisis del crecimiento económico. Expresión en el comportamiento de la oferta final 1990-2002”; de Salomón Kalmanovitz (2004) “Recesión y recuperación de la economía colombiana”.

la posibilidad de que también puedan acogerse a la reestructuración, entidades territoriales, universidades estatales y sucursales de sociedades extranjeras que realicen actividades permanentes en Colombia, aunque el parámetro de aplicación de la ley tenga como sujeto del concurso al empresario, sea comerciante o no.

Sobre este aspecto, es necesario observar que un primer elemento sobre el tema fiduciario reglado en este punto, prohíbe que empresas que se desarrollen a partir de contratos o patrimonios autónomos puedan encontrarse comprendidas en el marco de la ley y, por lo tanto, si acuden al trámite no lo pueden hacer en forma independiente del empresario o empresarios solicitantes¹³².

Quizás el punto más llamativo sobre el tema se encuentra en el hecho de que por primera vez en el país se acoge un sistema de negociación privada para la solución de la crisis del empresario, pues la negociación se circunscribe no a un procedimiento judicial de concurso, como en los estatutos anteriores, sino a un acuerdo privado cuyos lineamientos básicos han de ser discutidos por un mediador que es denominado promotor y que de acuerdo con las disposiciones legales es un amigable componedor¹³³. Sin embargo, si bien el marco de la autonomía privada circunscribe la naturaleza del acuerdo de reestructuración, los principios del concurso se encuentran presentes delineando las características propias de todo el procedimiento de discusión para llegar al acuerdo privado, por lo que se acoge buena parte de la mecánica propia de los procedimientos concordatarios dentro del marco de la negociación (Rodríguez, 2005). Sobre este punto en particular, Rodríguez (2007, p. 11), enfatiza sobre los arduos debates dados por la doctrina nacional acerca de si son más convenientes los sistemas judiciales o contractuales de concurso, olvidando que el núcleo del problema, la crisis del empresario, tiene siempre como causa el incumplimiento de sus obligaciones su eventual la posibilidad, por lo que

132 Uno de los puntos que cambia en el 2006, como se estudiará adelante, al ser promulgada la ley de insolvencia, Ley 1116 de 2006, es justamente éste, permitiendo que los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales puedan acogerse al concurso.

133 La Superintendencia de Sociedades en consulta sobre las diferencias entre los procedimientos previstos en la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999 explica: “A primera vista puede apreciarse, entonces, que mientras la primera de ellas realizó una significativa reforma al régimen de sociedades previsto en el Código de Comercio, de lo cual no se ocupa la segunda, así como a los mecanismos de salvamento y quiebra empresarial, la ley 550, entre otros aspectos, desarrolla un mecanismo de recuperación de empresas, sustitutivo del concordato previsto en la Ley 222 de 1995, dejando a salvo la regulación relativa al concordato de personas naturales, aclarando que su vigencia es temporal y preferente, en los términos de lo previsto en su artículo 79.” (Concepto 220-5822, 31 de enero de 2003).

Finalmente, en relación con la naturaleza del procedimiento previsto en la Ley 550 de 1999, destaca que: “(...) los procesos de salvamento previstos en una y otra ley; mientras el proceso concursal en sus modalidades es de naturaleza jurisdiccional, pues lo adelanta la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de funciones jurisdiccionales, o los jueces ordinarios, la negociación de los acuerdos de reestructuración empresarial previstos en la Ley 550 de 1999, son escenarios privados de negociación, con la coadyuvancia de un amigable componedor denominado promotor, el cual es designado por la entidad nominadora correspondiente”. (Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-5822, 31 de enero de 2003).

el centro de la discusión no consiste en si el problema de la empresa en riesgo se resuelve judicial o contractualmente, sino en cómo enfocar instrumentos adecuados que permitan solucionar las dificultades propias de esta clase de crisis.

Explica el profesor Rodríguez Espitia (2004) sobre el carácter privado del acuerdo que:

“Aun cuando estos acuerdos permiten un amplio margen dentro del cual las partes pueden actuar libremente; esta libertad no es completa, por cuanto se tratan (sic) de acuerdos reglados en el sentido de que se le impone a las partes un mínimo de contenido, dado que es un tema de gran importancia en materia económica y por lo tanto de interés general que requiera por consiguiente de la intervención del Estado; no obstante lo anterior, ello no significa que las partes no tengan libertad para negociar y establecer las cláusulas que crean convenientes para el mejor desarrollo de la empresa. Así las cosas, estos acuerdos tienen validez y obligan a las partes por sí mismas, y no requieren de la homologación o aprobación por parte del juez, como si lo requeriría si se tratara de un sistema procesal”. (p. 4).

A diferencia de los estatutos anteriores, como recaudo de la experiencia recogida frente a la discusión teórico- práctica del concurso, la Ley 550 de 1999 establecía una serie de fines con el propósito de realizar dos objetivos especiales: de una parte, lograr la reactivación de la economía nacional y, de otra, al establecer objetivos específicos frente a la recuperación, atacar los asuntos que han causado la crisis al interior de la empresa, por lo que además de restablecer la capacidad de pago y facilitar el acceso al crédito, se pretende mejorar aspectos relativos a la organización misma de la actividad empresarial circunscritos a temas operativos, de control interno de la empresa, de mejora de la estructura administrativa financiera y contable, de calidad de la información, entre otros, en busca de lograr seguridad jurídica, equidad y agilidad en el proceso de promoción. Con esto, se iba más allá de dar solución a los problemas con acreedores, mejorando la situación de la actividad operativa general de la empresa.

La búsqueda del acuerdo iniciaba con una solicitud de promoción presentada por escrito¹³⁴ en la cual se debía acreditar el incumplimiento en el pago por más de

134 La Ley 550 de 1999 disponía que la solicitud la podían presentar: “(...) los representantes legales del respectivo empresario o empresarios, o de uno o varios acreedores; o promovidos de oficio por las Superintendencias de Valores, de Servicios Públicos Domiciliarios, de Transporte, Nacional de Salud, del Subsidio Familiar, de Vigilancia y Seguridad Privada, de Economía Solidaria y de Sociedades, tratándose de empresarios o empresas sujetos, respectivamente, a su vigilancia o control, de conformidad con las causales previstas en las normas vigentes”. (Artículo 6).

90 días de dos o más obligaciones mercantiles que la empresa hubiera contraído o la existencia de dos o más demandas ejecutivas en curso, siempre y cuando, en los dos casos, representaran al menos el 5% del pasivo corriente de la empresa.¹³⁵ Con la admisión de la solicitud se nombraba a un promotor que debía analizar el estado de la empresa, impulsar la negociación y proponer fórmulas de arreglo para lo cual podía estar acompañado de peritos.

Si bien el acuerdo, como ya se indicó, era de naturaleza privada, su trámite tenía unas reglas de obligatorio cumplimiento que determinaban desde el inicio temas como la duración del trámite, sus efectos, la forma en que se establecían y ejercían los derechos de voto, los contenidos del acuerdo y su aprobación, así como la vigilancia al cumplimiento del acuerdo, o las causas específicas de fracaso de la negociación, de incumplimiento del mismo y sus consecuencias.

Tratando de buscar celeridad en la negociación del acuerdo y su aprobación, el trámite tenía tres términos que obraban como marco para procedimiento y que definían algunos de los derroteros principales en la negociación. El primero de los términos, establecido en el artículo 14 de la Ley 550 de 1990, era de cuatro meses a partir de la iniciación de la negociación, que se entendía iniciada desde la fijación del aviso del inicio de la promoción en la oficina del ente nominador, que obraba a partir del día siguiente a la admisión hecha por el nominador de la solicitud, hasta la celebración del acuerdo, que debía surtirse dentro de los cuatro meses contados a partir de la determinación de los derechos de voto.

Este primer término determina un importante efecto frente a los procesos de ejecución en curso o que se inicien al empresario, en la medida en que el texto original de la ley establece que "...no podrá iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario y se suspenderán los que se encuentren en curso" (artículo 14), término durante el cual se interrumpe la prescripción y no opera la caducidad para el ejercicio de las acciones contra el empresario.

El segundo término es el que se establecía en el artículo 27 de la ley, por el cual la reunión para definir los derechos de voto de los acreedores y determinar las acreencias (existencia y monto) para la negociación del acuerdo, debía realizarse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que haya quedado definida la designación del promotor. De lo anterior se obtiene un tercer término, global y aproximado de la duración de todo el trámite, que no incluye el estudio de la solicitud: desde el nombramiento del promotor hasta la reunión de determinación

135 La solicitud debía ir acompañada de información financiera y contable

de derechos de voto y acreencias (4 meses) y, desde la determinación de los votos y acreencias hasta el momento en que se celebre el acuerdo (máximo 4 meses)¹³⁶. Luego, se puede establecer que, en términos generales, la ley incluye cuatro momentos en la trayectoria hacia y del acuerdo: solicitud de promoción, la promoción y negociación, la celebración del acuerdo y su cumplimiento y la ejecución del acuerdo.

Observando los tiempos y términos del procedimiento resulta claro que el objetivo de la ley es lograr un mecanismo ágil para solucionar los problemas de la empresa en crisis en momentos de coyuntura. De hecho, luego de la vigencia del sistema de reestructuración, la preocupación se concentra en recaudar toda la experiencia de los sistemas de concurso anteriores para integrar un modelo que permitiera resolver asuntos de crisis empresarial, no sólo en tiempos de crisis económica nacional, como es el caso de la Ley 550 de 1999, sino en periodos de normalidad, esta síntesis va a ser lograda con la promulgación de La Ley 1116 de 2006.

Visto este panorama general de la Ley 550 de 1999, se revisarán en forma especial los asuntos relativos a los patrimonios autónomos y la fiducia mercantil objeto de este estudio en la ruta de análisis propuesta.

Un primer elemento a tener en cuenta sobre la materia, es que la preocupación sobre el tratamiento de la fiducia en garantía frente a los procedimientos de concurso se va a evidenciar por primera vez en el texto legal. Obsérvese que el primer caso de discusión ya analizado, Acerías Paz del Río, fue resuelto en el año

136 Este conjunto de términos podría llevar a pensar que el trámite de la negociación y celebración del acuerdo puede tener una duración de ocho meses, que puede verse alterado por algunas excepciones previstas frente a la determinación de derechos, entre ellos el más importante es la posibilidad de objetar las determinaciones sobre acreencias, que suponen un trámite verbal sumario de una instancia ante la Superintendencia de Sociedades. Disponía la ley en el artículo 26, que “dentro de los cinco días siguientes a la fecha de terminación de dicha reunión el objetante tendrá derecho a solicitar por escrito a la Superintendencia de Sociedades que resuelva su objeción.” Puede ser muy importante para los interesados en la determinación de la eficacia de los procedimientos adelantados a partir de la vigencia de la Ley 550 de 1999, consultar el documento de estudio elaborado por la Delegatura de Asuntos Económicos y Contables Grupo de Estudios Económicos y Financieros, de la Superintendencia de Sociedades de Colombia (2013), en el cual se recauda y analiza, a partir de estadísticas, la experiencia vivida frente a los procesos de reestructuración empresarial. La duración promedio de la solicitud, de los distintos periodos de la negociación, de la celebración del acuerdo y de su cumplimiento y fracaso en relación con los trámites ventilados, usando como referente “(...) información de 133 expedientes de acuerdos de reestructuración, estados financieros de 546 sociedades nominadas por la Superintendencia de sociedades, información de procesos verbal sumario de 203 sociedades donde se presentaron impugnaciones al acuerdo, revisión de la literatura, y reuniones o entrevistas con ponentes y promotores”. Superintendencia de Sociedades (2013, p. 1). Este importante estudio detalla las bondades y dificultades del sistema de promoción de acuerdos de reestructuración, que van a ser tenidos en cuenta en los siguientes años, destacando en el análisis el “activismo procesal, como un factor determinante en las dilaciones del trámite. Sobre el tema concluye el estudio: “Con respecto al “activismo procesal” antes y durante la definición del acuerdo, este tiene un efecto negativo en el desarrollo del acuerdo de reestructuración y su duración, siendo necesario fortalecer los escenarios pre acuerdo entre las partes. Se presentaron evidencias sobre el rol obstaculizador que ejerce el acreedor dentro del proceso cuando éste se encuentra en total desacuerdo y este efecto perverso se evidenció más en el caso de las demandas por acciones revocatorias ya habiendo sido aprobado el acuerdo.” (Superintendencia de Sociedades de Colombia. 2013, p. 24).

1994, y que la reforma integral a los procedimientos concursales se hizo al año siguiente con la Ley 222 de 1995, en la que, como se revisó, se mantuvo la tesis de la Superintendencia de Sociedades, sin que se determinara en forma expresa en la ley. Esta situación varía sustancialmente en la Ley 550 de 1999, en la medida en que, en sus contenidos, se hace referencia expresa a la fiducia mercantil, a los patrimonios autónomos y en especial a la modalidad contractual de garantía y fuentes de pago, en lo que, se considera para este trabajo, como una forma de política legislativa reactiva al determinar los efectos del contrato de fiducia frente al concurso, ante las dificultades económicas y financieras de los años anteriores, resultado de la recesión económica.

En este punto, debe indicarse primero que la principal preocupación legislativa se encuentra referida a la modalidad fiduciaria de garantía, dejando de lado otras modalidades fiduciarias y haciendo referencia solo a fiducias mercantiles, es decir, con patrimonios autónomos constituidos con bienes del empresario, cuyo objeto sea la emisión de títulos en el mercado de valores y titularización de activos.

Al lado de estos dos temas centrales, aparece uno, que podría denominarse como tema de entrada, pues hace parte del ámbito de aplicación de la ley al prohibir la posibilidad de que los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales sean objeto del trámite en forma directa: “Las empresas desarrolladas mediante contratos o patrimonios que no tengan como efecto la personificación jurídica, no están comprendidas por la presente ley en forma separada o independiente del respectivo o respectivos empresarios” (Ley 550 de 1999, artículo 1, parágrafo 1), lo cual quiere indicar que los patrimonios autónomos con estas características, no pueden ser sujetos de la promoción, tema que será desarrollado en otro aparte y que cambiará diametralmente en la norma concursal vigente en la actualidad, Ley 1116 de 2006.¹³⁷

137 Se considera en este trabajo que la Ley 550 de 1999, fijó su atención en la fiducia de garantía, por ser la modalidad fiduciaria sobre la que se tuvo mayor activismo procesal en materia de concursos, sin embargo, esta preocupación dejó de lado la razón de ser misma del contrato de fiducia como instrumento de administración y por ello, dejando de lado el hecho de que muchas actividades empresariales, como tales, se desarrollan a partir de patrimonios autónomos, quizás, en el caso en comento, lo que se buscaba era conectar el patrimonio autónomo con el patrimonio personal del empresario o empresarios solicitantes de la promoción, de la misma manera en que se hizo con las interpretaciones que en el caso de Acerías Paz del Río, llevaron a la Superintendencia a establecer su tesis en 1994. Hay otro aspecto que vale la pena tener en cuenta en este debate, referido a si los patrimonios autónomos tienen la posibilidad de ser sujetos del trámite como tales, que en el orden procesal guarda relación con la capacidad para ser parte. Como se explicará en otro aparte de este trabajo, la duda en este tema que enciende la llama, se encuentra referida a si sólo las personas naturales o jurídicas se encuentran posibilitadas para ser parte del trámite. En los años siguientes a la Ley 550 de 1999 aparecerá de nuevo el problema, aunque sin mayor debate, a tal punto que el actual Código General del Proceso (Ley 1542 de 2012), incluye a los patrimonios autónomos, junto con las personas naturales y jurídicas como posibilitadas para ser parte en procesos judiciales (Artículo 53).

La referencia principal en el marco de la Ley 550 de 1999 será el tratamiento que se da a las obligaciones del empresario amparadas con garantía (entre ellas, la fiduciaria), sus efectos y la posibilidad de su realización. En este punto es importante resaltar que, dada la particular importancia del tema, el legislador construyó los contenidos de las normas, lejos de la claridad que debiera acompañarlas, en forma compleja y oscura, lo que en su momento condujo a revisiones académicas y discusiones sobre el particular, tal y como se explicará a continuación.

4.2.3.1 La reactivación empresarial frente al tratamiento de las garantías

Los artículos 14 y 79 de la Ley 550 de 1999, de dudosa claridad y redacción, establecían reglas especiales para las garantías a partir de la admisión de la solicitud de promoción. Junto con el efecto general de suspender los procesos de ejecución en curso, de prohibir el inicio de nuevos procesos y de interrumpir la prescripción y caducidad de las acciones, se establecía una condición especial para la realización de las garantías cuando se encuentran otorgadas por terceros. De la interpretación de las normas se desprende un trato diferencial para las garantías constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 550 de 1999 frente a las otorgadas con posterioridad: las garantías otorgadas con anterioridad a la vigencia de la ley únicamente se pueden hacer efectivas si no se celebra el acuerdo de reorganización durante los siguientes cuatro meses previstos para la determinación de los derechos de voto “mediante decisión del promotor o mediante la ejecutoria de la providencia de la Superintendencia de Sociedades que resuelva las objeciones que llegaren a presentarse” (Ley 550 de 1999, artículo 27).

Durante ese término los titulares de los créditos garantizados tan sólo contaban con la posibilidad de practicar medidas cautelares, caso en el cual el artículo 79 de la ley disponía, que para la iniciación o continuación de procesos se aplicarían las reglas del literal b), del Parágrafo 2 del artículo 14, es decir, que si se hacían efectivas las garantías otorgadas por terceros personas naturales que consistieran en bienes inmuebles de su propiedad o de las que fuera comunero, los derechos del acreedor se limitarían a que:

- b) Durante la negociación del acuerdo podrán practicarse medidas cautelares que recaigan sobre el inmueble, y podrán iniciarse o continuarse ejecuciones judiciales contra el garante hasta que quede en firme una cualquiera de las sentencias previstas en el inciso 1o. del artículo 523 del Código de Procedimiento Civil; de igual forma podrá darse cumplimiento a las disposiciones contractuales que

regulen la ejecución de las garantías fiduciarias, hasta la etapa previa a la enajenación del inmueble a cualquier título (Ley 550, Artículo 14, Parágrafo 2, literal b).

Sin embargo, en una difícil redacción, en la misma norma se indica que todo el parágrafo segundo se aplica a personas naturales que han garantizado con posterioridad a la vigencia de la ley, con lo cual se entiende que las condiciones que limitan los derechos de los acreedores para la iniciación y continuación de procesos previstos en el parágrafo 2, del artículo en estudio, son aplicables a terceros garantes con posterioridad a la vigencia de la Ley 550, y el citado literal b) se aplica tanto a los anteriores como a posteriores a la vigencia de la misma¹³⁸.

En relación con los créditos cuyas garantías fueran otorgadas por terceros después de la entrada en vigencia de la Ley 550 de 1999, se confería la posibilidad a los acreedores para que informaran al promotor si optaban por lograr el pago de la obligación garantizada o si decidían perseguir la garantía que se hubiere otorgado por el tercero. La decisión se debía informar por escrito fijándose como término los diez días siguientes al inicio de la etapa de negociación. Si la respuesta

138 Este complejo asunto fue revisado en constitucionalidad por la Corte Constitucional en Sentencia C-586 de junio 6 de 2001, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis, en la que se decidió suprimir las expresiones “antes o” que contenía la norma. En efecto, se explica en la Sentencia que: “En consecuencia no quebranta el ordenamiento constitucional la Ley 550 de 1999 por hacer extensivas sus previsiones a las garantías otorgadas por terceros, para respaldar los créditos a cargo de la empresa incurso en acuerdo de reestructuración, después de entrar en vigencia de la ley, pero si lo quebranta al hacer extensivas sus previsiones a las garantías que deben ejecutarse mediante la realización del valor de bienes inmuebles, constituidas antes de su vigencia, porque el legislador está autorizado por dicho ordenamiento para intervenir éstas y todas las operaciones de crédito realizadas por la empresa en crisis, las que en virtud de la misma ley, y por la iniciación del Acuerdo, trastocan su naturaleza puramente privada a una doble condición bien diferenciada, en cuanto permanecen los elementos que originaron y condicionan cada uno de los negocios en juego, pero los factores vinculantes y la ejecución misma de las obligaciones se empiezan a regir por intereses públicos y sociales que vienen a ser a la postre los determinantes. Pero la extensión a situaciones jurídicas consolidadas, no puede ser desconocida sin previa indemnización” (Corte Constitucional en Sentencia C-586 de junio 6 de 2001).

En Salvamento de Voto, el Magistrado Jaime Araujo Rentería, no compartía el término de espera al que se sometía al acreedor garantizado por terceros. Considera que: “(...) el acreedor de un crédito de la empresa y garantizado por un tercero y otorgado antes de la vigencia de la Ley 550 puede dirigirse contra el tercero, y hacer efectivo el crédito ejecutivamente, sin necesidad de esperar cuatro (4) meses, ni que exista causal de suspensión del proceso ejecutivo; la razón es que este acreedor tenía un status jurídico ya definido, que no puede ser vulnerado ni desconocido por una Ley posterior” (Corte Constitucional en Sentencia C-586 de junio 6 de 2001, Salvamento de Voto, Magistrado Jaime Araujo R.).

El texto original de la norma es el siguiente (en paréntesis los términos declarados inexecutable): “El parágrafo primero del artículo 14 de esta ley sólo se aplica a las garantías de terceros otorgadas con posterioridad a su entrada en vigencia. Las garantías preexistentes sólo podrán hacerse efectivas si transcurrido el plazo previsto en el artículo 27 de esta ley no se celebra un acuerdo; mientras tanto, podrán practicarse medidas cautelares; y la iniciación y la continuación de procesos judiciales contra el garante, al igual que la ejecución de las garantías reales o fiduciarias, se sujetarán a lo dispuesto en el literal b) del parágrafo segundo del artículo 14 de esta ley. El parágrafo segundo del artículo 14 de esta ley se aplica respecto de garantes personas naturales que hayan otorgado la garantía (antes o) después de la vigencia de esta ley.” (Ley 550 de 1999, artículo 79).

Puede además consultarse el Oficio de la Superintendencia No. 220-62035 de septiembre 21 de 2000, que revisa el espinoso tema.

consistía en perseguir el pago de la obligación debida por el deudor o si se guardaba silencio, los créditos quedarían sujetos a las decisiones tomadas en el acuerdo de reorganización, suspendiendo los procesos en curso y prohibiendo el inicio de nuevas ejecuciones judiciales. (Ley 550 de 1999, artículo 14, Parágrafo 1).

En este caso, si la garantía había sido otorgada por una persona natural y el bien objeto de la garantía consistía en un inmueble propiedad del garante o del que fuera comunero, y el garante lo estuviera usando para su vivienda personal durante los dos últimos años anteriores a la iniciación de la reorganización, la opción del acreedor para el pago con la garantía podía realizarse, pero el inmueble no podía ser objeto de remate ni de adjudicación a ningún título, lo que no impedía la práctica de medidas cautelares.

Si se trataba de las garantías fiduciarias, la ley autorizaba cumplir los acuerdos contractuales que regularan la realización de la garantía sólo "(...) hasta la etapa previa de la enajenación del inmueble a cualquier título" (Ley 550 de 1999, artículo 14, Parágrafo 2, literal b). La sanción prevista frente a la vulneración de la limitación era la ineficacia de pleno derecho de lo actuado.

Si no se lograba celebrar el acuerdo de reestructuración en el plazo legal previsto los procedimientos judiciales o contractuales, las adjudicaciones, remates y enajenaciones podían realizarse, permitiendo al acreedor el ejercicio pleno de su derecho al pago frente a la garantía.

Estas hipótesis legales son de aplicación general para cualquier garantía, incluida la garantía fiduciaria, la cual, en efecto, es enlistada en la relación de garantías relacionadas en la norma. Caso en el cual, de encontrarse dispuesto un contrato de fiducia de garantía cuyo fideicomitente fuera un tercero, los acreedores beneficiarios de la garantía debían observar las condiciones previstas en el procedimiento para las garantías otorgadas antes y después de la vigencia de la ley, y con ello con la posibilidad de optar por perseguir el pago de la obligación debida o la realización de la garantía para el segundo caso, teniendo en cuenta las especiales limitaciones previstas para la protección de los garantes personas naturales con garantía en un bien inmueble de su propiedad o del que sean comuneros, siempre que se trate de su vivienda durante al menos un término no inferior a dos años en forma continua.

4.2.3.2 La fiducia mercantil de garantía en el marco del acuerdo de reestructuración

Los otros efectos previstos en la Ley 550 de 1999, para el tratamiento de la fiducia mercantil con fines de garantía, se encuentran relacionados con los contenidos y efectos del acuerdo adoptado y a su cumplimiento. Estos efectos guardan a su vez relación con el tema de las garantías y con la enajenación de bienes que se encuentren vinculados a la actividad de la empresa.

En los contenidos del acuerdo de reestructuración se preveía la determinación de reglas para la conformación y funcionamiento de un comité de vigilancia representado por acreedores internos y externos junto con el promotor, quien contaba con voz sin tener derecho al voto.

También se determinaban reglas para efectos de que el comité impartiera autorización para la ejecución de contratos celebrados dentro de los dieciocho (18) meses anteriores a la iniciación de la negociación, con el fin de dar desarrollo a las actividades propias de la empresa o para que los acreedores del empresario pudieran separar de los riesgos crediticios del deudor activos o ingresos, siempre que el objeto de estos contratos recayera:

(...) sobre activos vinculados a la empresa o que se refieran a la entrega, transferencia o limitación de dominio sobre bienes de la misma, tales como fiducias mercantiles, suministros, enajenaciones con opción de readquisición, prendas*, hipotecas, contratos típicos o atípicos de colaboración empresarial, sociedades legalmente constituidas o de hecho, entre otros (Ley 550 de 1999, artículo 33, Numeral. 16).

Medida que debía entenderse acompañada de la obligación del empresario de someter a la autorización del comité de vigilancia cualquier enajenación de bienes de la empresa, no importa cuál fuera el título al que se hiciera.

Durante la vigencia del acuerdo se suspendía la exigibilidad de todos los gravámenes, garantías reales y garantías fiduciarias, salvo que se hubiera pactado algo diferente en el acuerdo, pacto adoptado con los sistemas de votación previstos para el mismo, sin que en tal decisión tuvieran derecho al voto los beneficiarios de la garantía. Sin embargo, se determinaba que los derechos suspendidos podían recobrar su exigibilidad si se llegare a presentar el incumplimiento del acuerdo.

Además, la ley consideraba la hipótesis por la cual, sobre los bienes objeto de garantía cuya exigibilidad ha sido suspendida, recaigan nuevas garantías. En este caso, con el fin de proteger a los beneficiarios de las garantías iniciales, el legislador estableció prelación para el beneficiario inicial frente al nuevo acreedor garantizado.

Otra previsión de la Ley 550 de 1999 consistía en la posibilidad de reducción y sustitución de las garantías reales o fiduciarias. En el primer caso, previo avalúo, se fijaba un límite de reducción de una y media vez el valor del bien objeto de la garantía y se establecía para ello el trámite de un proceso verbal sumario de única instancia ante la Superintendencia de Sociedades.

En el segundo caso, sustitución de garantías, con el mismo tipo de trámite, se establecía la obligación para los beneficiarios de garantías fiduciarias cuyo patrimonio autónomo recayera sobre bienes inmuebles o hipotecas de mayor extensión, de aceptar la sustitución de sus derechos por derechos hipotecarios o derechos fiduciarios o certificados de garantía sobre las porciones desenglobadas del inmueble, caso en el cual la garantía resultante de cobertura no podría reducirse a una y media veces del valor del bien objeto de la garantía.

Finalmente, uno de los aspectos más importantes frente al manejo de los patrimonios autónomos fiduciarios en la modalidad de garantía frente al proceso de reestructuración, se encuentra dispuesto en el artículo 69 de la ley 550 de 1999, al establecer por primera vez, que los beneficiarios de garantía fiduciaria se asimilan para efectos de la prelación de sus créditos a acreedores prendarios o hipotecarios según la naturaleza de los bienes que integren el patrimonio autónomo, acreedores que "(...) serán pagados, con prelación sobre las acreencias distintas de las de primera clase, anteriores o posteriores a la constitución de la fiducia" (artículo 69, inciso 2).

Esta situación se encontraba prevista para el evento en que el deudor celebrara contratos de fiducia de garantía constituyendo un patrimonio autónomo con bienes propios, con el fin de garantizar sus obligaciones, existiendo aún acreencias sin pago. Ante tal circunstancia se autoriza al liquidador para solicitar a la Superintendencia de Sociedades ordenar la cancelación de los certificados de garantía y, además, ordenar la enajenación del patrimonio cuyas resultas serán aplicarán al pago de obligaciones debidas de acuerdo con la prelación de créditos establecida.

4.2.4 El recaudo de la práctica concursal: consolidación y cambios en la política legislativa a partir del régimen de insolvencia empresarial

En materia de fiducia mercantil, encargos fiduciarios y patrimonios autónomos la Ley 1116 de 2006, mantiene buena parte de los lineamientos de las anteriores regulaciones concursales y a su vez amplía sus contenidos. En ese orden, la regulación sobre insolvencia empresarial contiene tres categorías temáticas en los que los contratos de fiducia aparecen relacionados en los procedimientos de reorganización y de liquidación judicial: (i) aspectos relativos al ámbito de aplicación, (ii) manejo de garantías otorgadas a terceros frente obligaciones contraídas por el deudor en insolvencia, en el cual deben incluirse los cambios introducidos a la Ley 1116 de 2006 por la Ley 1676 de 2013, que regula el tema de las garantías mobiliarias, y, (iii) exclusiones y excepciones particulares frente a la aplicación del régimen de insolvencia cuando se trata de garantías fiduciarias o patrimonios autónomos cuyo objetivo involucra la emisión de títulos en el mercado público de valores, o cuando se adelantan procesos de titularización a partir de este tipo de contratos.

4.2.4.1 Aspectos relativos al ámbito de aplicación de la Ley 1116 de 2006 frente a la fiducia mercantil y el patrimonio autónomo

Al determinar el ámbito de aplicación para la insolvencia empresarial la ley incluyó, como sujeto del procedimiento, a los patrimonios autónomos cuya finalidad fuera el desarrollo de actividades empresariales. Como ya se explicó al observar las previsiones de la Ley 550 de 1999 sobre la materia, ésta posibilidad no se encontraba permitida por lo que se exigía para acceder al trámite de reestructuración empresarial cuando concurrían patrimonios autónomos con estas características, su participación a través del deudor solicitante y no en forma independiente. Si bien esta nueva previsión, amplía el espectro de la aplicación de los mecanismos para solucionar la crisis de la empresa, permitiendo ir más allá del concepto de persona como sujeto del procedimiento con el fin de acoger a los patrimonios autónomos que desarrollen empresa (artículo 25 del C. de Co. C.) o actividades empresariales como las enunciadas en el artículo 20 del C. de Co. C., de tal manera que estén legitimados para solicitar la admisión en el trámite de insolvencia, representa un cambio profundo frente al debate en el ambiente procesal colombiano, que tradicionalmente ha considerado que sólo las personas (naturales y jurídicas) tienen capacidad para ser parte en un proceso y, por lo tanto, no pueden ser objeto de representación.

En ese debate, como elementos para el análisis pueden formularse las siguientes preguntas con el fin de desentrañar las tesis y de ordenar las diferentes posturas sobre el particular: ¿Cuál es la calidad de la sociedad fiduciaria frente a la realización de los cometidos que deben realizarse con el patrimonio autónomo? ¿Cuál es el alcance del término vocero, administrador o representante, con el que comúnmente se hace alusión a las actividades desplegadas por el fiduciario frente al patrimonio autónomo? Para el efecto, debe tenerse en cuenta que uno de los difíciles linderos sobre el tema se encuentra en la separación entre la fiducia mercantil y el mandato. Estas explicaciones llevan a enfrentar tesis que van desde la concepción especial de la propiedad fiduciaria¹³⁹, que en Colombia parecen sugerir, acudiendo a interpretaciones derivadas de las explicaciones dadas por la Comisión que elaboró el proyecto de Código de Comercio de 1958, hasta consideraciones de orden procesal que culminan con la incorporación de los patrimonios autónomos en el Código General del Proceso¹⁴⁰, al lado de las personas naturales y jurídicas con capacidad para ser parte para efectos de los procedimientos civiles.

Como una muestra ilustrativa de las posiciones anteriores se pueden encontrar los siguientes casos:

139 Un ejemplo de ello se encuentra en el Concepto 2006023810-001 del 26 de julio de 2006 de la Superintendencia Financiera en el que la autoridad administrativa expresa: “conforme a nuestro Estatuto Mercantil, tiene características y naturaleza propias que originan una propiedad fiduciaria con alcances particulares e incluso extraños a nuestra tradición jurídica”. En ese Oficio hace referencia a anteriores conceptos de la Superintendencia y, en particular, al Concepto OJ-479, de Septiembre de 1973, del cual cita el siguiente aparte: “La fiducia da nacimiento a una propiedad formal en cabeza del fiduciario y por ello los bienes así afectados no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario (artículo 1227 Co de Co.) y deben figurar en su contabilidad como bienes distintos de los propios (numeral 2, artículos 1234, 1236 C. de Co.). En cuanto al constituyente es claro que los bienes fideicomitidos salen de su patrimonio y por ello no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución (artículo 1238 Co de Co.) ni pueden ser susceptibles de su libre disposición (numeral 4o. artículos 1234, 1236 C. de Co.). El beneficiario tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten (artículo 1238 Co de Co.). En síntesis, el derecho de propiedad presenta una escisión: la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario (propiedad beneficiosa)”. (Concepto 2006023810-001 del 26 de julio de 2006).

Esta particular interpretación sobre la propiedad formal ha sido tomada de la exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1958 elaborada por la Comisión encargada de su redacción y discusión. El entorno del debate en aquella época se traducía en cómo trasplantar la estructura del negocio desde el derecho anglosajón al derecho colombiano y se sigue evocando como argumento de autoridad sin tener en cuenta que la Comisión de 1958 no habló de patrimonios autónomos y que buscó otras soluciones para el problema de la propiedad en materia de fiducia, a diferencia de lo que quedó en la legislación vigente en 1971 cuando se expidió en el Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, en el cual se establece que como consecuencia de la celebración formal del contrato, al ser trasladada la propiedad de los bienes por el fideicomitente se constituye un patrimonio autónomo. Esta sutil, pero profunda distinción marca los derroteros del debate. Admitir que el propietario formal del patrimonio es la fiduciaria es reconocer la posibilidad de que la fiduciaria actúe procesalmente y se encuentre legitimada para ser parte en el proceso al que sea llamado el patrimonio autónomo que se administra.

140 En efecto, el Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, de julio 12, en su Sección Segunda, sobre partes representantes y apoderados, al tratar el tema de la capacidad para ser parte establece: “Podrán ser parte en un proceso: 1. Las personas naturales y jurídicas. 2. Los patrimonios autónomos 3. El concebido, para la defensa de sus derechos. 4. Los demás que determine la ley.” (Artículo 53)

- A. La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de la Sala de Casación Civil, de tres (3) de agosto de dos mil cinco (2005), con ponencia del Magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno, luego de ubicar a los patrimonios autónomos fiduciarios como patrimonios de afectación, de establecer las características propias de la fiducia como contrato y observar los deberes indelegables propios de la administración fiduciaria para establecer los marcos que caracteriza la actuación que despliega el fiduciario para lograr los cometidos contractuales acordados, concluye que:
- a) Ciertamente, como se ha indicado, el patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del C. de P. Civil, en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad.
 - b) De modo que, como lo dijo la Corte respecto de otra especie de patrimonio autónomo, según providencia de 8 de agosto de 1994, a la que se hacen las adaptaciones que demanda el presente caso, en la cual se citó al tratadista Enrico Redenti, nuevamente acogida en sentencia No. 038 de 1999, expediente 5227, bien se puede afirmar ahora que también la fiducia no es persona, ni natural ni jurídica, y por consiguiente no tiene propiamente capacidad para ser parte de un proceso; pero por el hecho de que ella no tenga esa condición ni tenga por consiguiente un representante, deviene que no pueda demandar, ni ser demandada. Mediante la teoría del 'patrimonio autónomo' ello es posible, pero siempre por conducto del fiduciario, quien como titular de los bienes fideicomitidos asume el debate judicial para proteger intereses en razón de esa su condición, "sin que en tal caso se pueda decir, ni que esté en juicio en nombre propio (ya que no responde personalmente), ni que esté en juicio en nombre de otro (ya que no hay tras él un sujeto de quien sea representante).

Surge más bien de ahí un *tertium genus*, que es el de estar en juicio en razón de un cargo asumido y en calidad particular de tal” (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil, de tres (3) de agosto de dos mil cinco 2005)¹⁴¹.

- B. Sobre el mismo artículo 44 del Código de Procedimiento Civil colombiano, el profesor López Blanco (1993), expresa que pensar que sólo las personas naturales y jurídicas pueden ser parte de un proceso es dejar por fuera a otros sujetos de derecho como los patrimonios autónomos, por lo que considera que hay que mantener el esquema bipartito de la norma citada, personas naturales y jurídicas, pero en la última categoría deben incluirse los patrimonios autónomos. Si bien en este trabajo se estudia el patrimonio autónomo derivado de la celebración de contratos de fiducia, ésta no es la única forma manifiesta de patrimonios autónomos reconocidos por la ley: los fondos de pensiones y de cesantías, la masa de bienes de las sociedades disueltas y en liquidación, y tradicionalmente reconocidos en el ámbito del derecho civil aparecen la herencia yacente, la masa de bienes del ausente y la masa de bienes del que está por nacer. Explica López Blanco (1993):

Si se vuelve sobre el punto y se analiza con detenimiento el concepto de patrimonio autónomo, o mejor lo que son los patrimonios autónomos tal como hoy se aceptan, veremos que ese ente tiene todas las características propias de la persona jurídica por lo que estimamos, debe reestudiarse el concepto de persona jurídica a fin de reformar la legislación e incluir dentro de ese campo a los patrimonios autónomos para mantener así la tradicional división bipartita de los sujetos de derecho. Insistimos, no vemos argumento sólido alguno para no dar cabida al patrimonio autónomo en la categoría de las personas jurídicas, ya que su estructura y modo de actuación en el mundo del negocio jurídico es idéntico; solo su creación (normalmente, no únicamente, determinada por la decisión judicial) no está prevista como acto jurídico eficaz para originar personas jurídicas (p. 203)

141 En igual sentido pueden encontrarse las siguientes sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008), M. P. Willian Namen V., Sentencia de 14 de febrero de 2006, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia de veintiséis (26) de agosto de dos mil catorce (2014), M.P. Margarita Cabello Blanco. La Asociación de Fiduciarias de Colombia (S. F.), siguiendo estos lineamientos, en su Cartilla Fiduciaria, disponible en la *web*, ha indicado que los patrimonios autónomos al ser receptores de derechos y obligaciones responden y ejercitan sus derechos a través de la fiduciaria como vocera, por lo que: “...el patrimonio autónomo, puede asumir a través de la fiduciaria que lo administra, la posición de demandante para la defensa de los bienes fideicomitidos, o ser demandado, o actuar como tercero interviniente en un proceso...” (p. 25).

Debe observarse que la postura del profesor López (1993) aún es conservadora en la materia, pues si bien reconoce el problema, busca asimilar los patrimonios autónomos a las personas jurídicas para incorporarlos en ésta categoría. El actual Código General del Proceso rompió el esquema tradicional y superó la visión profesor López, pues los incorporó como sujetos con capacidad para ser parte en forma independiente, sin acudir a asimilación alguna. En todo caso, el problema teórico continúa, pues la discusión se traslada al ámbito de acción de las sociedades fiduciarias, en términos de su actuación procesal. Esta situación es la que ha conducido a considerar que la transferencia de la propiedad tiene un titular del dominio instrumental que recae en la fiduciaria, por lo que es ésta la llamada a obrar por los patrimonios, bien sea como demandante o como demandada.

- C. El profesor Cardona (2003), considera que los patrimonios que se desligan en forma excepcional de su titular, se encuentran en una situación de hecho y transitoria (p. 232) reconocida por la ley a través de los patrimonios autónomos "...entendiendo la autonomía como una liberación esporádica anómala y momentánea del patrimonio respecto del titular". (p. 232). Junto a esta sorprendente visión de los patrimonios autónomos y con el fin de establecer su capacidad para ser parte en el proceso termina explicando que mientras la separación patrimonial exista no habría posibilidad del ejercicio de los derechos por el patrimonio autónomo:

(...) la universalidad patrimonial quedaría jurídicamente paralizada si a propósito de los bienes que la componen no fuera posible que alguien ejerciera los derechos y satisficiera las obligaciones que competen al titular desligado de su patrimonio, la ley confiere una personalidad transitoria a través de la cual, el patrimonio a imitación de su titular, actúa jurídicamente como si fuera este mismo. (Cardona. 2003, p. 232).

La postura de Cardona (2003) resulta muy particular, pues si bien la conclusión es la misma de López (1993), su concepto de patrimonio autónomo parece no poder separarse de la personalidad del titular original de la propiedad, pues de una parte, lo mira como una situación de hecho "anómala" que debe ser observada por la ley, en segundo lugar, pareciera una situación en la que si bien hay separación patrimonial, los derechos y obligaciones que se ejercen o cumplen, no son los del patrimonio en especial afectación, sino los que "...competen al titular desligado de su

patrimonio...” (p. 232), y por último, a diferencia de la interpretación de López (1993), quien asimila la categoría a las personas jurídicas para efectos del reconocimiento de su capacidad procesal, considera, sin explicar por qué, lo que se presenta es una personalidad transitoria reconocida por la ley¹⁴².

- D. La Superintendencia Financiera de Colombia en materia de titularidad de las acciones de las sociedades anónimas ha conceptuado que no pueden los patrimonios autónomos ser titulares de acciones, que solo pueden estar en cabeza de las sociedades fiduciarias en su calidad de voceros del patrimonio autónomo por virtud de los acuerdos contractuales y su ejecución.

Así mismo debe destacarse que la titularidad del denominado “patrimonio autónomo” recae en el fiduciario en tanto es sujeto de derecho con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. En efecto, no puede atribuírsele al “patrimonio autónomo” la titularidad jurídica sobre los bienes fideicomitidos, pues en derecho colombiano únicamente es posible atribuir tal titularidad a los sujetos de derecho, esto es, a las personas naturales y/o jurídicas en tanto son los únicos con capacidad para ser titulares de derechos y adquirir obligaciones y no a los objetos de derecho, como son los patrimonios de afectación y/o autónomos así ellos, en sí mismos, contengan derechos u obligaciones como en cualquier patrimonio. (Superintendencia Financiera, Concepto 2007010582-002 del 30 de mayo de 2007).

De esta manera, concluye indicando que solo las personas naturales o jurídicas pueden tener la calidad de accionista de una sociedad y que un patrimonio autónomo por no tener tal calidad no puede aparecer en el libro de registro de acciones al no ser sujeto de derechos, en ese sentido, puede la operación hacerse a través de la sociedad fiduciaria como vocera del mismo.

142 Si bien este trabajo no comparte la postura de Cardona (2003) ni la de López (1993), se debe reconocer que en ambos autores aparece la preocupación sobre las razones para el reconocimiento de la capacidad procesal en materia de patrimonios autónomos. Es usual que el tema ni siquiera sea discutido, sino abordado como un asunto solucionado que debe aprehenderse en forma operativa en los asuntos procesales prácticos. Este es el caso de Azula (2000) al tratar el tema de la capacidad para ser parte, pues junto a las personas naturales y jurídicas agrega a los “...llamados patrimonios autónomos” (p. 226), y sin hacer referencia al patrimonio autónomo fiduciario, explica que los patrimonios autónomos son “...la herencia yacente, la sucesión, la masa del concurso o de la quiebra, la comunidad, la sociedad conyugal y la curaduría del ausente” (p. 228), sin indicar por qué para él son patrimonios autónomos los casos enlistados, ni por qué razón se reconoce su carácter procesal, para simplemente establecer que: “...tienen aptitud para ser sujetos del proceso, esto es, llenan el requisito de la capacidad para ser parte, pero no todas pueden actuar válidamente por sí mismas, por lo cual se requiere acudir a otras (sic).” (p. 229).

- E. En laudo arbitral de 23 de marzo de 2006, de **Drug Pharmaceutical S.A. - Drug S.A. vs. Alianza Fiduciaria S.A.**¹⁴³. Sobre el mismo punto se indica lo siguiente:

(...) el tribunal encuentra claramente regulados dos aspectos del contrato de fiducia: cuando se constituye un patrimonio autónomo debe permanecer separado del patrimonio de la fiduciaria, y la representación de dicho patrimonio corresponde a la fiduciaria. No puede la fiduciaria ocultar su calidad de representante del patrimonio autónomo frente a terceros, pues su actuación en representación del mismo, siempre debe quedar claramente expresada. Luego, si es la fiduciaria la representante del patrimonio autónomo para actuar ante terceros, también lo debe ser para demandarlos o ser demandado. Es el patrimonio autónomo quien responde contractualmente de la ejecución del contrato y quien debe ser demandado por su inejecución, cumplimiento tardío o defectuoso, claro está, representado por la sociedad fiduciaria. (Laudo Arbitral Drug Pharmaceutical S.A. - Drug S.A. vs. Alianza Fiduciaria S.A. Bogotá, D. C., Marzo 23 de 2006)

- F. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia de 25 de Septiembre de 2013, Consejero Ponente, Mauricio Fajardo Gómez, cambia su jurisprudencia sobre el tema de la capacidad para ser parte procesal de los consorcios. La jurisprudencia anterior, consideraba que los consorcios al no tener la calidad personas jurídicas no podían demandar ni ser demandados directamente, sino que debía procederse por cada uno de los integrantes de éste. En la decisión, se explica que los consorcios pueden ser considerados como sujetos de derechos y, por lo tanto, tener capacidad para ser parte en forma directa, para lo cual se revisa el caso de los patrimonios autónomos en el procedimiento civil con el fin de establecer que la ausencia de personalidad jurídica no impide el reconocimiento excepcional de otros sujetos de derecho diferentes de las personas naturales o jurídicas, como sucede en el caso fiduciario, lo cual permite incorporar a los consorcios dentro del esquema exceptivo¹⁴⁴

143 Laudo proferido en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el árbitro único designado fue Enrique Cala Botero.

144 En efecto expresa la Sala: "El planteamiento que acaba de esbozarse en modo alguno desconoce que el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil que atribuye "(...) *capacidad para comparecer por sí al proceso* (...)", a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus derechos, lo cual es evidente si se precisa que esa condición no se encuentra instituida en la norma como una exigencia absoluta, puesto que incluso la propia ley procesal civil consagra algunas excepciones, tal como ocurre con la herencia yacente o con los patrimonios autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí pueden ser sujetos procesales, de lo cual se desprende que el hecho de que los consorcios y las uniones temporales carezcan de personalidad jurídica independiente, no constituye fundamento suficiente para concluir que carecen de capacidad para ser sujetos, activos o pasivos, en un proceso judicial." (Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 25 de Septiembre de 2013)

Se destaca sobre este punto que, junto con la expedición de la Ley 1116 de 2006, el gobierno nacional reglamentó los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio colombiano con la expedición del Decreto 1049 de 2006. Reiterando las posturas anteriores el decreto dispuso que los patrimonios autónomos no son personas jurídicas, pero que son receptores de derechos y obligaciones de acuerdo con lo previsto en el contrato y por las ejecuciones que del mismo hace la fiduciaria, quien obra como vocera y administradora del patrimonio. Para este fin, y dentro de los marcos y límites establecidos en el acuerdo fiduciario, la fiduciaria deberá siempre indicar que actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo, expresión que permite ejercer el deber indelegable contenido en el artículo 1234 numeral 4 del Código de Comercio, consistente en llevar la personería jurídica de patrimonio con el fin de proteger los bienes que lo integran (artículo 1).

Finalmente, con el Decreto 1038 de 2009¹⁴⁵ se reglamentó el tratamiento de los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales que la Ley 1116 de 2006, en su ámbito de aplicación, determinó como sujetos de los procedimientos de insolvencia. El decreto dejó para el efecto la competencia del trámite de insolvencia en este evento a los jueces civiles del circuito del domicilio principal de la sociedad fiduciaria, exigiendo excepcionalmente que la solicitud de la reorganización sea presentada ante la Superintendencia de Sociedades para el caso en que los deudores tengan vínculos de subordinación o de control sobre los patrimonios autónomos solicitantes¹⁴⁶, caso en el cual la Superintendencia podrá conocer de los procesos de los deudores vinculados (Decreto 1038 de 2009, artículo 7). El decreto además de definirlos, establece la calidad con que obran las partes del contrato en los trámites de insolvencia, los requisitos de procedibilidad y documentos que deben aportar para la admisión de la solicitud, además de disponer sobre condiciones y efectos específicos en relación con su tratamiento en el trámite, en el cual son promotores y liquidadores, según el caso, las sociedades fiduciarias legalmente constituidas en Colombia, como sujetos calificados financieros (Decreto 1038 de 2009, artículo

145 En efecto, el decreto reglamenta los artículos, 2, 12, 17, 34, 55, 67, 74, 75, 76 y 78 de la Ley 1116 de 2006.

146 Explica La Superintendencia de Sociedades sobre su competencia, además lo siguiente:

“iv) Sin embargo, es de advertir que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2179 de 2007, las Intendencias Regionales de la Superintendencia de Sociedades conocerán de los procesos de reorganización y liquidación judicial del Régimen de Insolvencia. Ahora bien, para la determinar las reglas de competencia de las susodichas Intendencias Regionales, se deberán tener, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2º los siguientes aspectos: a) El domicilio y la naturaleza jurídica del deudor insolvente; b) El monto de activos expresados en salarios mínimos legales mensuales vigentes al inicio del proceso; c) La jurisdicción de cada Intendencia Regional, de acuerdo con la organización territorial establecida por la Superintendencia de Sociedades; d) La capacidad instalada de las Intendencias Regionales.

v) Luego, la solicitud de admisión a un trámite de un proceso de insolvencia de un patrimonio autónomo afectos a la realización de actividades empresariales, deberá presentarse ante la Intendencia Regional del domicilio del deudor, entiéndase como tal el del domicilio del patrimonio autónomo, y teniendo en cuenta el área territorial de jurisdicción de cada una de las Intendencias, las cuales se encuentran definidas en la Resolución No. 100-003116 del 10 de julio de 2007” (Oficio 220-113866 Del 02 de Octubre de 2011).

11). Además, confiere competencia al juez del concurso para efectos de que se lleven ante él los trámites relativos a acciones revocatorias, simulación e ineficacia frente a cualquier “transferencia de bienes a título de fiducia mercantil con fines de garantía, realizada durante los dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de insolvencia” (Decreto 1038 de 2009, artículo 14), término que se cuenta desde el registro del contrato correspondiente.

El decreto describe la actividad empresarial de los patrimonios autónomos circunscribiendo su objeto a “(...) adelantar en forma organizada la administración o custodia de bienes destinados a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios” (artículo 1)¹⁴⁷. La admisión al proceso de reorganización se condiciona en forma particular a la existencia del contrato de fiducia, por lo que no deben obrar condiciones establecidas por las partes en el contrato o las causales de terminación del negocio previstas en el artículo 1240 del Código de Comercio, sin perjuicio de establecer prórrogas del contrato. Por eso, resulta apenas lógico que se sujete el cumplimiento del acuerdo de reorganización a un término no superior al de duración del contrato o al término legal de 20 años que consagra la legislación mercantil.

Para efectos de la reorganización en el artículo 3 de la reglamentación, se considera como deudor al patrimonio autónomo, acreedor interno al fideicomitente y en relación con los administradores, la reglamentación hace una distinción entre las acciones que le son propias al fiduciario y de las que pueden obedecer a la participación del constituyente en la fiducia, asuntos que pueden aparecer en la esfera de su actuar en las juntas de administración del fideicomiso o en previsiones de orden contractual que permitan su consulta y decisión sobre lo que suceda con el mismo, en donde puede predicarse su poder de decisión o control sobre la administración fiduciaria: será el fideicomitente o aquel o aquellos que ejerzan control o influencia dominante para la toma de decisiones sobre el patrimonio, salvo para el caso del desarrollo de obligaciones que le son propias al fiduciario en desarrollo del contrato, como sucede con los deberes indelegables de su actividad y la separación patrimonial a los que se encuentran obligados como

147 La Superintendencia de Sociedades en Oficio Número 220-171377 del 19 de diciembre de 2011, circunscribe a los patrimonios autónomos que pueden acceder al trámite, a aquellos que se desarrollen a través de contratos de fiducia, incluidos los que tengan fines de garantía. Explica el concepto: “Siempre debe cumplir la definición en cuanto a la actividad del patrimonio autónomo para que se considere “afecto a actividades empresariales” no obstante también tenga por objeto ser de administración y fuente de pagos o con fines de garantía. Sin embargo, es de advertir que las mencionadas disposiciones, no establecen distinciones en cuanto al tipo de patrimonios autónomos que pueden acceder al régimen de insolvencia, lo que a juicio de este Despacho dicha posibilidad solamente es aplicable a los patrimonios autónomos derivados de un contrato de fiducia mercantil, según se desprende del párrafo del artículo 3° de la Ley 1116 ya citada” (Superintendencia de Sociedades en Oficio Número 220-171377 del 19 de diciembre de 2011)

prevén los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio, asuntos que le son propios de su calidad de fiduciario y, por lo tanto, a su actuar como vocero del patrimonio autónomo.

Como requisito de procedibilidad para la admisión a la reorganización se determina la inscripción en el registro mercantil de las Cámaras de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fideicomitente, de aquellos contratos de fiducia con patrimonios autónomos afectos al desarrollo de empresa, inscripción en la que deberá como mínimo constar la modalidad de negocio fiduciario, quiénes son las partes vinculadas, y cuáles son los bienes fideicomitados.

En razón a que el artículo 12 de la Ley 1116 de 2006, prevé que los procesos de reorganización podrán acoger simultáneamente a varios deudores por su carácter de matrices, filiales o subsidiarias, por sus relaciones de control o por la integración mayoritaria de capitales de patrimonios autónomos, de personas naturales o jurídicas, el decreto dispone que se entenderá que existe vinculación “(...) de quién ejerza influencia dominante en sus decisiones o control sobre el mismo” (Decreto 1038 de 2009, art. 6).

Se encuentran legitimados para solicitar la apertura del proceso: (i) el fiduciario, (ii) según lo ordenen los contenidos contractuales, el fideicomitente o quien tenga influencia dominante o control decisorio sobre el fideicomiso, (iii) en el evento de créditos posteriores a la constitución del fideicomiso que sean actualmente exigibles o se encuentren impagos y cuya satisfacción se deba hacer por el patrimonio autónomo, estará legitimado aquel que sea titular de los mismos, y finalmente, (iv) en aquellos casos en que exista supervisión sobre el patrimonio autónomo objeto del trámite de reorganización, la superintendencia que corresponda.

4.2.4.2 Manejo de garantías otorgadas a terceros frente obligaciones contraídas por el deudor en insolvencia

El tema del manejo de las garantías ha sufrido una notable variación desde la expedición de la Ley 1116 de 2006. Si bien las dificultades que ofrecía la Ley 550 de 1999 acerca del tratamiento de las garantías constituidas con anterioridad a la vigencia de la ley frente a las otorgadas con posterioridad fue superado con la nueva legislación, ofreciendo mayor claridad en los criterios para su manejo, las reglas de la insolvencia presentan en materia de fiducia mercantil algunas innovaciones, que incluyen la posibilidad excluir de la masa de bienes de la liquidación los patrimonios autónomos cuya finalidad sea la de garantizar el pago de obligaciones del deudor.

Sin embargo, es indispensable en este tema tener en cuenta, dentro de los marcos de la ruta de análisis propuesta, las modificaciones introducidas al régimen tradicional de las garantías y con ello al tratamiento durante los procedimientos de insolvencia, incorporados por la Ley 1676 de 2013 (de 20 de agosto) de garantías mobiliarias en Colombia, cuyo propósito central es promover el acceso al crédito, unificando el régimen de garantías aplicable en el país y con ello, alterando sensiblemente algunas de las disposiciones centrales del manejo en la insolvencia de las garantías otorgadas por el deudor admitido a los trámites de reorganización o de liquidación judicial. Por esta razón, primero se presentarán los aspectos básicos con que la Ley 1116 de 2006 regula el tema, junto con algunos aspectos referidos a su problemática, para después hacer la revisión de las modificaciones que se introdujeron con la unificación del régimen de garantías mobiliarias, régimen que introduce una serie de limitaciones a los mecanismos tradicionales del concurso en la insolvencia y que reduce el conjunto de activos que normalmente se consideran hacen parte de la masa para la búsqueda de los acuerdos de reorganización, del procedimiento de adjudicación o de la liquidación, según el caso.

4.2.4.2.1 Las previsiones sobre garantías en la insolvencia

La Ley 1116 de 2006, además de conferir facultades al juez del concurso que permiten la protección, recuperación y custodia de los bienes que conforman el patrimonio del deudor (Artículo 5, No. 2 Literal b), y que autorizan el uso de las acciones revocatorias frente a los actos o negocios jurídicos celebrados por el deudor en insolvencia durante el período de sospecha, incluye la sanción de ineficacia de pleno derecho de todas aquellas estipulaciones contractuales que busquen la terminación anticipada de la relación contractual con el deudor, la aplicación de cláusulas de aceleración del cumplimiento o de cláusulas que impongan restricciones, autorizaciones o consecuencias desfavorables al deudor que solicite la admisión del proceso de reorganización, por considerar que la aplicación de estas cláusulas representan un obstáculo o impedimento que vulnera los derechos del deudor empresario frente a la iniciación del procedimiento.

La prohibición para el acreedor que de aplicación a las cláusulas contractuales mencionadas lo castiga postergando el pago de su crédito luego de atender dentro del proceso al resto de acreencias reconocidas en el trámite, permitiendo al juez la posibilidad de ordenar la cancelación de los gravámenes que se hubieran constituido para garantizar el cumplimiento de las prestaciones de los contratos con cláusulas ineficaces (Ley 1116 de 2006, artículo 16).

Como efecto de la presentación de la solicitud para el inicio de la reorganización se determinan restricciones frente a la administración y operación de bienes para los administradores de la empresa. La primera autoriza a efectuar enajenaciones de bienes o negocios siempre que se encuentren enmarcados dentro del giro ordinario de los negocios del deudor, por lo cual, *a contrario sensu*, toda operación, incluida la enajenación de bienes que no se encuentren dentro del giro ordinario de los negocios del deudor se encuentra prohibida desde el momento de la presentación de la solicitud de la reorganización. Esta restricción se extiende al fiduciario que en ejecución de la finalidad incorporada en los contratos de fiducia mercantil o de encargo fiduciario cuente con esta posibilidad.

Los negocios por fuera del marco operativo natural de la empresa solo pueden ser realizados si el juez del concurso autoriza en forma previa, expresa y con las determinaciones precisas propias de la operación.

La segunda restricción operativa en esta etapa consiste en la prohibición para constituir y ejecutar todo tipo de garantías sobre bienes que integren el patrimonio del deudor, caso en el cual se incluyen en forma específica los contratos de fiducia mercantil y los encargos fiduciarios que incorporen dentro de sus finalidades garantizar obligaciones del deudor frente a sus acreedores¹⁴⁸.

Estas dos restricciones, aun cuando se pueden considerar como efectos previos a la admisión del trámite de reorganización, siguen los lineamientos y directrices mantenidas por la legislación anterior (Ley 222 de 1995 y Ley 550 de 1999), cada una con sus particularidades propias del tipo de procedimiento (el primero judicial, el segundo de orden contractual), junto con las tesis mantenida por la Superintendencia de Sociedades, consistente en que la iniciación de los trámites conlleva restricciones operativas para la administración delimitadas a los asuntos propios del giro ordinario de los negocios y restricciones frente a la ejecución o constitución de garantías, incluyendo aquí las fiduciarias¹⁴⁹.

148 Debe tenerse en cuenta que la Ley 1429 de 2010, exige que los contratos de fiducia en modalidad de garantía "(...) que consten en documento privado deberán inscribirse en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley" (artículo 41, modificadorio del artículo 123 de la Ley 1116 de 2006).

149 Estas restricciones se encuentran dispuestas en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006. La violación de estos mandatos conlleva la ineficacia de pleno derecho, la remoción de los administradores a los que se sanciona con solidaridad frente a los daños que se causen a la sociedad, socios o acreedores. En este punto llama la atención el descuido nominativo de la norma, porque como se ha revisado, no solo el patrimonio de las sociedades puede sufrir daños por la violación del precepto, pues la acción prohibida puede acarrear daños al patrimonio autónomo, o a sus beneficiarios, no necesariamente acreedores del fideicomitente deudor, en razón a que la restricción no se encuentra referida solo a las fiducias cuya finalidad sea la garantía. Estas sanciones previstas en los párrafos de la norma en estudio incluyen también la imposición de multas sucesivas hasta la reversión del negocio efectuado en el ámbito de la limitación.

En igual forma, como efectos del inicio del proceso de reorganización se prohíbe la iniciación de nuevos procesos de ejecución y la continuación de los que ya se encuentran en curso, procesos que deberán ser remitidos al trámite de reorganización, dejando a disposición del juez del concurso las decisiones sobre el mantenimiento de medidas cautelares, excepciones de mérito y calificación del crédito.

Además prohíbe la terminación unilateral de contratos de tracto sucesivo o diferido con causa en la iniciación de la reorganización, incluyendo fiducias mercantiles y encargos fiduciarios siempre y cuando no tengan fines de garantía, con lo cual se daría a entender que las fiducias con fines de garantía no están amparadas por la continuidad y, por lo tanto, pueden ser terminadas unilateralmente bajo el supuesto de la protección patrimonial de bienes que conformen el patrimonio autónomo y puedan integrar la masa del concurso¹⁵⁰.

Si el acuerdo de reorganización no es presentado o no se confirma en los términos de la ley, el efecto general inmediato frente a los contratos es su terminación, bien sean de tracto sucesivo, diferido o de ejecución instantánea. Sin embargo, la ley establece dos condiciones para que el efecto obre: (i) que el juez del concurso autorice su ejecución, y (ii) que su ejecución sea necesaria para conservar activos de la masa a liquidar o adjudicar, según el caso. Esta previsión también hace inclusión expresa de los negocios de fiducia mercantil y de encargo fiduciario con fines de garantía que amparen obligaciones del deudor o de terceros fideicomitente cuyo patrimonio se integre con bienes del deudor en reorganización (artículo 38, numeral 3). Esta referencia a los negocios fiduciarios de garantía se reitera en numeral específico en el cual se autoriza la cancelación de certificados de garantía expedidos a los beneficiarios y se autoriza ordenar la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo, caso en el cual se dispone que las obligaciones con cargo al patrimonio quedarán en cabeza del fideicomitente deudor¹⁵¹.

Frente a esta situación especial de terminación de los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía, es decir, contratos con patrimonios autónomos constituidos, se dispone que para efectos de la adjudicación y/o la liquidación judicial, consecuencia de la no presentación oportuna y/o no confirmación del acuerdo, quienes sean fideicomisarios o beneficiarios de la garantía tendrán el

150 Artículos 21 y 22 de la Ley 1116 de 2006.

151 El numeral 4, inciso 4 de la disposición analizada, agrega, además, que al restituirse los bienes que conforman el patrimonio autónomo en el evento de la terminación del contrato, éstos se encontrarán afectos al pago de las obligaciones contraídas por el patrimonio autónomo para lo cual se siguen las reglas que sobre prelación propias del concurso.

trato de acreedores con garantía real, prendaria o hipotecaria, créditos de segunda y tercera clase, respectivamente (artículos 2497 y 2499 del Código Civil), de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos al patrimonio¹⁵².

Estas prelación y su tratamiento se confirman de nuevo en el artículo 43 de la ley 1116 de 2006, en el cual se incluyen los encargos fiduciarios, asunto que parece sorprendente, porque el contrato de encargo fiduciario no se constituye patrimonio autónomo alguno, por lo que su inclusión resulta excesiva, habida cuenta de que esta modalidad contractual no supone enajenación de activos para su constitución, por lo que las garantías que con estas se conceden no ofrecen discusión y siempre han sido consideradas en el orden de conferir derechos personales frente a todos los involucrados en el negocio: al fideicomitente deudor, pues los bienes que obran como garantía siguen estando en su dominio o propiedad porque en el encargo fiduciario no se han transferido para conformar un patrimonio autónomo, y frente al fideicomisario acreedor o beneficiario del encargo, pues por la misma causa el contrato no le confiere ningún derecho real, tal como sucede en la fiducia mercantil pues solo cuenta con derechos personales derivados de su carácter de beneficiario, con la enorme diferencia de que desde su inicio el acreedor beneficiario conocía su condición de quirografario, ahora mejorada sin razón de fondo alguna, a la calidad de acreedor con garantía real por vía de la asimilación legal que se hace en la disposición legal.

El artículo 43, determina la suspensión de la exigibilidad de garantías y gravámenes durante el cumplimiento del acuerdo de reorganización, incluyendo las fiducias y los encargos fiduciarios, salvo que en el acuerdo se determine su realización con aprobación de votos favorable de los acreedores, incluido el o los beneficiarios, votación que exige mayoría absoluta.

Con la apertura de la liquidación judicial se producen los mismos efectos anteriores, es decir, la terminación de los contratos de tracto sucesivo, diferido o de ejecución instantánea, salvo que haya autorización del juez del concurso para su continuidad, con las mismas reglas previstas para la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios con fines de garantía, cuyos bienes amparen obligaciones del deudor o de terceros (cancelación de certificados, reintegro de bienes,

152 El artículo 38 No. 4, inciso 3, de la Ley 1116 de 2006, deja un problema de difícil resolución al conferir para efectos de la graduación de los créditos, según la naturaleza de los bienes, la calidad a los beneficiarios de acreedores con derecho real prendario o hipotecario, pues parte de la premisa de que los bienes que integran un patrimonio autónomo son o bienes muebles o bienes inmuebles. ¿Qué categoría para efectos de la prelación de pagos tendrían los beneficiarios de un patrimonio autónomo integrado por las dos clases de bienes, muebles o inmuebles, teniendo en cuenta que la graduación legal para la prenda y la hipoteca es diferente según las disposiciones sobre la materia, previstas en el Código Civil colombiano?

prelaciones y responsabilidad del fideicomitente y del patrimonio (Ley 1116 de 2006, artículo 50).

Finalmente, la ley 1116 de 2006 y su reglamentación sobre la materia, Decreto 1038 de 2009, introdujeron un elemento contradictorio en materia de procedimientos de concurso, de acuerdo el debate teórico y su diacrónica presentados en el desarrollo de este capítulo sobre patrimonios autónomos, al incorporar en los artículos 12 y 13 del decreto, la posibilidad de excluir de la masa de liquidación bienes transferidos con causa en fiducias de garantía.

En efecto, la reglamentación del artículo 55 de la ley 1116 de 2006, en materia de liquidación, establece que pueden excluirse “bienes que para obtener financiación el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía” (Decreto 1038 de 2009, artículo 12), exigiendo que el contrato este registrado en la Cámara de Comercio correspondiente o en el registro que corresponda de acuerdo con la clase de acto o según la naturaleza de los bienes que se hayan fideicomitado.

En todo caso, la norma establece que la decisión no puede vulnerar derechos pensionales, ni perjudicar el acuerdo que durante la adjudicación o la liquidación autorice la venta de la empresa como unidad económica y además excluye de los alcances de la reglamentación a “los patrimonios autónomos constituidos como mecanismo de normalización para garantizar el pago de pasivos pensionales” (Decreto 1038 de 2009, artículo 12, Parágrafo único). En el evento en que luego de realizar los bienes que integren el patrimonio en garantía, si quedan remanentes luego del pago a los beneficiarios de la fiducia, estos pasan a integrar la masa de bienes del proceso de insolvencia con el fin de que, respetando las prelaciones legales, sirvan para el pago de las obligaciones del concurso.

4.2.4.2.2 Los cambios producto de la Ley 1676 de 2013 sobre promoción del acceso al crédito y garantías mobiliarias

La ley sobre promoción del acceso al crédito y garantías mobiliarias, como ya se anunció, tuvo como objetivo central unificar el régimen de garantías mobiliarias para lograr mejorar las condiciones que permiten acceder al crédito, reducir la desinformación sobre los bienes de las empresas, reducir el riesgo y permitir que activos de las empresas, tales como inventarios o derechos derivados de la propiedad intelectual, entre otros, pudieran ser parte de la cobertura otorgada como garantía de pago de créditos dinerarios o frente a cualquier clase de acreedor, incluyendo el sistema financiero.

En la exposición de motivos del proyecto de ley se hace específica referencia a la publicidad que requiere la garantía, las demoras en los procesos de ejecución judicial, la falta de revisión de un régimen legal de garantías anacrónico, rígido y disperso, junto con la necesidad de que las pequeñas y medianas empresas sean más competitivas tanto en el panorama nacional como en el internacional, con un régimen de garantías que facilite su fácil acceso al crédito (Exposición de motivos del proyecto de ley “Por medio del cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”).

Mediante la ley aprobada se instrumentó un sistema de garantías que estructuró criterios y reglas uniformes sobre la constitución, oponibilidad, prelación y procedimientos de ejecución de las garantías, para lo cual enunció las clases de bienes sobre los que podía recaer la garantía, las obligaciones que pueden encontrarse dentro de los marcos de cobertura, y los medios contractuales propios del contrato de garantía junto con sus condiciones mínimas¹⁵³.

El punto de partida de la unificación es la constitución mediante un escrito de un contrato de garantía en el cual se exige la determinación de las partes (acreedor garantizado y deudor), la indicación del monto de la cobertura o garantía acompañada de la descripción del bien o bienes sobre los que recae la garantía y la relación descriptiva de la obligación que se garantiza y sus condiciones básicas.

El punto central del régimen de garantías se consolida con un sistema de registro mobiliario o base de datos única y centralizada como soporte para la información sobre las garantías otorgadas. Este sistema se fundamenta en el registro virtual, personal y centralizado, que lleva la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (CONFECÁMARAS), registro que identifica, no al bien, sino a la persona natural o jurídica garante. El efecto inmediato de la inscripción en el registro, además de conllevar la oponibilidad que le es connatural, consiste en establecer la prelación legal frente a la exigibilidad e la garantía, es quiere decir, que el registro del contrato hace oponible frente a terceros la garantía mobiliaria y confiere prelación frente a garantías no inscritas o frente a garantías posteriores, permitiendo incluso, que la inscripción de la garantía en el registro pueda hacerse antes de la celebración escrita del contrato de garantía.

En efecto, la norma establece que:

153 Aun son pocos los trabajos que se adelantan desde el régimen de garantías en relación con el tema fiduciaria. Los trabajos son más de orden descriptivo y de reflexión, como es el caso de Bonilla (2014) y Ramírez, G. (2015).

La prelación de una garantía mobiliaria sin tenencia, incluyendo la de sus bienes derivados o atribuibles, constituida de conformidad con esta ley, así como los gravámenes surgidos por ministerio de la ley, judiciales y tributarios, se determina por el momento de su inscripción en el registro, la cual puede preceder al otorgamiento del contrato de garantía (ley 1676 de 2013. Artículo 48, primer inciso).

La publicidad registral permite que exista información objetiva sobre la garantía, que facilita su consulta y disminuye los factores de riesgo frente activos mobiliarios que son más volátiles en su manejo.

El régimen de garantías mobiliarias afecta las normas sobre insolvencia en materia de reorganización y liquidación¹⁵⁴. Si bien el régimen de garantías de la ley es para bienes muebles, las normas que regulan su aplicación para la insolvencia autorizan la aplicación para garantías inmobiliarias para lo cual se hacen unas excepciones sobre el registro de garantías por la imposibilidad de que los inmuebles puedan ser objeto del nuevo sistema de información y oponibilidad. De hecho, no resulta comprensible la razón por la cual el régimen de garantías mobiliarias modifica en forma drástica los contenidos propios de la reorganización empresarial, como se verá.

En efecto, los artículos 50, 51 y 52 del estatuto de garantías hacen referencia a la garantía real, sin que se haya propuesto definición alguna. Dicha mención sólo opera en la órbita concursal como mecanismo ideado por el legislador para extender algunos beneficios de las garantías mobiliarias a los acreedores beneficiarios de hipotecas, en el contexto de los procesos de insolvencia (Superintendencia de Sociedades de Colombia., 2016, Expediente 77513).

Frente al régimen de reorganización empresarial mantiene la restricción para la continuación o inicio de procesos de ejecución o cobro contra el deudor, sin embargo permite alzar la regla en aquellos casos en que estos procesos recaigan sobre bienes que no sean necesarios para la actividad económica del deudor, siempre que los bienes muebles o inmuebles hayan sido relacionados en la información que entrega para la admisión del procedimiento de reorganización¹⁵⁵ en la que se determina que no son necesarios para el giro de los negocios. La

154 Los artículos 50 a 52 de la Ley 1676 de 2013 regulan los aspectos generales y su reglamentación y procedimientos particulares determinan en el Decreto reglamentario 1835 de 2015, manteniendo los lineamientos de la ley, adecuando a los instrumentos de ejecución propios de las garantías mobiliarias.

155 La relación debe incorporarse al inventario de bienes debidamente valorados. (Ley 1116 de 2006, artículo 13, No. 3)

limitación sólo procede, entonces, para bienes que se requieran en la actividad empresarial.

El Decreto reglamentario 1835 de 2015, define cuales son los bienes que se entienden como necesarios para la actividad de la empresa en los siguientes términos:

(...) se entenderá que son bienes necesarios para el desarrollo de la actividad económica de la empresa los reportados por el deudor como aquellos sin los cuales la empresa no puede llevar a cabo de manera adecuada y eficiente la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o los necesarios para la prestación de sus servicios (artículo 2.2.2.4.2.2., inciso 4).

Definición que, en todo caso, deja abiertos los criterios de información sobre la materia, que corresponderá al promotor o al juez del concurso resolver. De hecho, si no se relacionan todos los bienes no necesarios por el deudor al solicitar la reorganización, el acreedor afectado puede solicitar al juez del concurso que declare que un bien no es necesario para la actividad con el fin de adelantar las ejecuciones sobre garantías reales respectivas (Ley 1676 de 2013, Artículo 50, inciso 2).

En todo caso, por interpretación de la Superintendencia de Sociedades, el juez del concurso tiene la facultad de definir tal calidad, sin que se reserve en forma exclusiva a la relación hecha por el deudor en el inventario de bienes o con la solicitud del acreedor:

Además, olvida la recurrente que el juez del concurso sí tiene la competencia para decir sobre la naturaleza de los bienes del garante, porque el artículo 50 de la Ley 1676 expresamente dice que “[e]l juez del concurso podrá autorizar la ejecución de garantías reales sobre cualquiera de los bienes del deudor, en los términos del artículo 17 de la Ley 1116, cuando estime, a solicitud del acreedor garantizado que los citados bienes no son necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor”. La ley, al utilizar la expresión “cuando estime”, está expresamente indicando que es competencia del juez del concurso calificar los bienes como necesarios o no necesarios. Cosa diferente es que el régimen le dé la posibilidad al deudor de reportar los bienes dados en garantía como necesarios, para impedir la ejecución

a la que tendría derecho el acreedor garantizado. Pero de ninguna manera, se deben interpretar estas disposiciones en el sentido de entregar al deudor de forma exclusiva la prerrogativa de determinar la necesidad del bien, pues ello implicaría que la puesta en marcha de la ejecución de la garantía por parte del acreedor, dependería de la mera voluntad del deudor, pues si éste guarda silencio con respecto a la necesidad, no podría el juez del concurso entrar a hacer esa determinación (Superintendencia de Sociedades de Colombia, 2016 Expediente 77513).

Estos dos sistemas de exclusión rompen con los criterios de protección de la masa del concurso mantenidos en las normas sobre procedimientos concursales desde el Decreto 350 de 1989 y va en contra del principio de universalidad objetiva en el concurso.

Sobre el particular, el profesor Bonilla Sanabria (2014) explica que:

Como puede verse, las exclusiones son bastantes y con un ámbito de aplicación extendido. Consecuencialmente, los procesos de reorganización verán reducida sustancialmente la masa de bienes con lo que es posible que se haya afectado la finalidad de los procesos de reorganización en la medida que (sic) los acreedores garantizados y excluidos de la masa pierden cualquier interés en la recuperación de un garante en reorganización. La política legislativa en este punto favorece la posición de un acreedor individual garantizado frente al propósito perseguido por los procesos concursales. (p. 20).

La reforma incluye otro elemento nuevo que si bien busca proteger al acreedor, deja algunas dudas sobre la protección de la masa en concurso: si los bienes sobre los cuales recae la garantía pueden verse afectados por la depreciación, sea por vetustez o por obsolescencia, o por deterioro, pueden solicitarse por el acreedor afectado varias medidas para evitar pérdida o depreciación. Estas medidas podrían consistir en la sustitución del bien por otro equivalente, la constitución de reservas frente a los valores depreciados o “la realización de pagos periódicos para compensar al acreedor la pérdida de valor del bien” (Ley 1676 de 2013, Artículo 50, inciso 4).

Sobre los anteriores casos de bienes excluidos por no ser necesarios para la actividad empresarial se cuenta con preferencia frente a los demás acreedores del

concurso, y el acreedor garantizado podrá exigir el pago de la obligación una vez se confirme el acuerdo de reorganización siguiendo los sistemas de ejecución de la ley de garantías mobiliarias¹⁵⁶.

Si el acreedor con garantía vota el acuerdo accediendo a otra prelación diferente a la que tenía puede solicitar que se le trate como acreedor garantizado teniendo como límite el valor del bien que había sido dado en garantía al inicio. En el evento de incumplimiento del acuerdo, el liquidador para efecto del proyecto de graduación de los créditos tendrá la obligación como garantizada, efecto que se aplica para el caso de la adjudicación, es decir, cuando el acuerdo no se presenta en término o no se confirma en la audiencia prevista para el efecto.

En la liquidación judicial prevista para la insolvencia también pueden ser excluidos de la masa de la liquidación aquellos bienes que, siendo propiedad del deudor, sirvan como garantía, exclusión que beneficia a los acreedores garantizados o a los beneficiarios, para el caso de los negocios fiduciarios, teniendo como único requisito la inscripción en el registro de garantías mobiliarias o el registro que corresponda por ley, según la naturaleza de los bienes que sobre los que recae la garantía o que se exija para la modalidad contractual.

En estos casos se determinan una serie de reglas¹⁵⁷: (i) si el bien objeto de la garantía tiene un menor valor que la obligación que garantiza el bien puede ser adjudicado al acreedor por el juez del concurso; (ii) si los bienes tienen un mayor valor que la obligación garantizada, se efectúa su enajenación con el fin

156 En todo caso, queda abierta, al criterio de la Superintendencia de Sociedades, la excepción prevista para los bienes inmuebles objeto de la garantía, la interpretación de sus efectos frente a la nueva ley. Esto significa que durante los próximos años, la aplicación de los mismos a casos de insolvencia va a ser construida por el debate judicial entre los intervinientes al proceso de insolvencia y el juez del concurso. Sobre este tema ha explicado la Superintendencia reciente fallo de decisión de objeciones:

“(...) encuentra este Despacho que no. No es posible extender las pautas de vigencia de la ley previstas para las garantías mobiliarias, a las garantías inmobiliarias, porque estas últimas son incompatibles con las reglas de oponibilidad y registro de las garantías sobre muebles, de manera que la inserción por ministerio de la ley de las reglas de prelación de garantía y la retrospectividad del mecanismo de ejecución previo registro, contenidas en el artículo 85, no se extienden a la garantía hipotecaria.

- i. Los negocios jurídicos de hipoteca que se hayan perfeccionado antes de la vigencia de la Ley 1676 de 2013, es decir, antes del 21 de febrero de 2014, conservan en el concurso la calificación derivada de las normas vigentes al momento de su constitución.
- ii. Los negocios jurídicos de hipoteca perfeccionados del 21 de febrero de 2014 en adelante, gozarán de los privilegios concursales, en lo que corresponda, previstos en los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676 de 2013.
- iii. Por tanto, corresponde a la jurisprudencia concursal determinar, in concreto, las reglas relativas a los derechos de los acreedores concursales con garantía inmobiliaria, sobre la base de que el ámbito de eficacia de las normas que regulan la materia inmobiliaria en la ley citada está restringido al escenario de la insolvencia.
- iv. La presente interpretación rige hacia el futuro, por lo que las decisiones anteriores proferidas por el Despacho permanecerán incólumes” (Superintendencia de Sociedades de Colombia., 2016., Expediente 77513).

157 Artículo 52 de la Ley 1676 de 2013.

de pagar al garantizado, caso en el cual el remanente se aplica al pago de los acreedores del concurso respetando las prelacións legales; (iii) para el mismo caso, se autoriza que el acreedor garantizado pueda quedarse con el bien pagando el saldo correspondiente al liquidador que lo aplicará al pago del concurso según prelacións legales; (iv) el bien también puede ser adjudicado al acreedor hasta el valor de la obligación, evento en el cual los remanentes se adjudican a los demás acreedores según la prelación legal que corresponda y, finalmente, se establece una directriz general: (v) estas situaciones no pueden ir en detrimento de obligaciones pensionales.¹⁵⁸

4.2.4.3 Excepciones y exclusiones particulares para las garantías fiduciarias y patrimonios autónomos

Finalmente, la Ley 1116 de 2006, contiene exclusiones y excepciones particulares frente a la aplicación del régimen de insolvencia cuando se trata de garantías fiduciarias o patrimonios autónomos cuyo objetivo involucra la emisión de títulos en el mercado público de valores, o cuando se adelantan procesos de titularización a partir de este tipo de contratos.

En efecto, al determinar las facultades y atribuciones del juez del concurso con el fin de proteger, custodiar o recuperar bienes que conformen el patrimonio del deudor, (i) exceptúa aquellos negocios cuyo objeto sea la emisión de valores o la negociación o realización de derechos relacionados en el mercado público de valores (artículo 5, literal b). De igual manera, frente a los efectos de la presentación de la solicitud de la reorganización se indica que las previsiones que prohíben a los administradores, adoptar reformas estatutarias, enajenación de bienes, constitución de garantías o cauciones, entre otros negocios, incluidas las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios, sometiéndolas a la autorización previa, expresa y escrita del juez del concurso, (ii) no son aplicables a las fiducias mercantiles cuyos patrimonios autónomos tengan como fin la emisión de títulos en el mercado público de valores, caso en el cual la autorización la dará la autoridad correspondiente. Por último, (iii) si se trata de fiducias cuyos patrimonios autónomos se conformen con bienes afectos a procesos de titularización de activos o se trate de fiducias de garantía que hagan parte de la estructuración de

158 Los sistemas de pago son los previstos en la ley de garantías mobiliarias, como el pago directo al acreedor, la ejecución judicial, o las ejecuciones especiales de la garantía cuando existe mutuo acuerdo sobre la ejecución previstos en el contrato de garantía o el acreedor tenga la tenencia o retención del bien, entre otros casos relacionados. (Ley 1676 de 2013, artículos 60 a 62). En particular, sobre el caso de los negocios fiduciarios se establece que si el contrato de garantía dispone sobre mecanismos de pago se estará a las reglas previstas en sus cláusulas (Decreto 1835 de 2015, Artículo 2.2.2.4.2.3, Parágrafo 3).

procesos de emisión en bolsa, queda excluida de la prohibición y su celebración o ejecución no requerirá autorización alguna. Siendo en efecto, por la naturaleza de los negocios otra excepción concreta dentro del sistema de concurso.

4.3 Conclusiones del capítulo

En este capítulo se han revisado los debates más sobresalientes sobre el manejo de los patrimonios autónomos derivados del contrato de fiducia en el marco de los procedimientos concursales desde 1971, año de la expedición del Código de Comercio Colombiano, hasta la fecha en que entra en vigencia el régimen de insolvencia empresarial, con sus dos instrumentos básicos: el procedimiento de reorganización empresarial y la liquidación judicial, junto con las modificaciones introducidas por la reforma al régimen de garantías mobiliarias, Ley 1676 de 2013. Estos casos son casos no paradigmáticos pues las respuestas ofrecidas por la tradición de la dogmática del derecho privado aparecen como insatisfactorias, en choque con los principios de los concursos que rompen desde el ámbito de la contratación privada, con la seguridad del tráfico de los negocios mercantiles.

Como se pudo observar, el régimen de concursos ha cambiado de manera profunda. En esos cambios, desde la cartografía propuesta, pueden categorizarse tres elementos centrales en las variaciones encontradas: a) La preocupación, abordada desde los principios mismos del concurso, sobre el tratamiento de las garantías; b) la discusión sobre el mecanismo idóneo para el manejo del concurso, en el cual aparece la opción de adoptar mecanismos contractuales frente a las estructuras típicamente procesales, estructuras que han subsistido en el marco de la legislación sobre insolvencia empresarial; c) la ruptura y por lo tanto el cambio frente a las tesis iniciales (años 1994 a 1999) acerca del tratamiento del contrato de fiducia mercantil, y en particular con la fiducia en su modalidad de garantía, asunto que lleva a discurrir sobre el origen, las características del contrato, los efectos de la transferencia del dominio y de los patrimonios autónomos que se constituyen con el fin de lograr los cometidos acordados, tratando de introducir con esto, un tratamiento que podría tildarse de “unificado” frente al resto de negocios de garantía en el régimen de concurso. Las conclusiones que aquí se ofrecen desarrollan el primer y último elementos, a) y b), por ser en forma específica, los que determinan el tratamiento de los patrimonios autónomos y de los contratos de fiducia.

Cada uno de estos momentos ha contado con diversas fuentes para el debate. Como se puede evidenciar de las diversas fuentes consultadas, los procesos de

ajuste y con ello, la política legislativa, han partido de discusiones judiciales difíciles que han variado de contenidos y posturas no solo frente al concurso, sino frente al tratamiento de los patrimonios autónomos, particularmente cuando las fiducias se estructuran en la modalidad de garantía. En este último caso, aparece una preocupación inicial que no pretende establecer reglas unificadas para las diversas modalidades de fiducia, sino que introducen reglas sobre el tema de las garantías dejando de lado el hecho evidente de que los efectos sobre los patrimonios autónomos son iguales para todas las modalidades de negocios fiduciarios porque se trata del mismo tipo de contrato y de la misma categoría de situaciones patrimoniales con prescindencia de la modalidad de fiducia que se acuerde o escoja.

En ese sentido, a medida que se produce el avance legislativo, entendido como la aparición de nuevas formas de procedimientos y soluciones legales, a su vez se incorporan regímenes exceptivos, hasta llegar, en el caso de las fiducias de garantía, a situaciones de una profunda contradicción con las tesis que en los primeros años de discusión se debatieron, casi, perdiéndose de vista dentro del mapa de decisiones.

Al lado de este amplio universo legislativo (si se incluye el reciente régimen de garantías mobiliarias y su reglamentación, resultan seis extensos cuerpos legales en el mapa sugerido), vale la pena indicar que además del grado de complejidad propio de los asuntos procedimentales en materia de concursos, que incluye elementos multidisciplinarios y mezcla de diversas áreas del derecho, la legislación se muestra en su lenguaje y ordenación, bajo el ropaje de lo técnico y profundo, difícil, desordenada y en ocasiones contradictoria: principios y reglas generales, que aquí, allá y acullá vienen acompañados de excepciones, reglamentaciones, que lo hacen de difícil abordaje para asuntos que por su especial naturaleza son de salvamento en tiempos de crisis y que debieran contar con una técnica legislativa más eficaz en términos del manejo de sus reglas en aras de la claridad, dejando un amplio margen a la interpretación de sus alcances y efectos.

Sobre el primer punto, la preocupación, abordada desde los principios mismos del concurso acerca del tratamiento que se debe observar en el manejo de las garantías, ha tenido un giro de ciento ochenta grados. Como se estudió en el aparte correspondiente, la principal modificación al régimen de concursos introducida por el Decreto 350 de 1989, consistió en eliminar la posibilidad de que los acreedores con garantía real pudieran escoger entre acudir al concurso o ejecutar la garantía fuera del procedimiento con el fin de lograr el pago de

sus acreencias. Esta modificación buscaba, en primer lugar, dar trato igual a todos los acreedores, respetando, claro está, el régimen de prelaciones con sus particularidades, previsto en la legislación civil colombiana e impidiendo, además, en segundo lugar, la mengua de los bienes del deudor frente a las acciones de cobro de la garantía por fuera del régimen concordatario.

Durante este periodo y antes de entrar en vigencia la Ley 222 de 1995, se decide el caso de Acerías Paz del Río S. A., ante a la posibilidad de que la fiduciaria pudiera realizar la garantía pagando con los bienes que integraban el patrimonio autónomo. El tema reviste un grado de complejidad mayor, por las características del negocio fiduciario y de los patrimonios autónomos aun cuando el tema podría ser observado como uno más dentro del campo de las restricciones que se imponen al deudor en concurso en todos los procedimientos de esta naturaleza, con el fin de evitar negocios que puedan poner en riesgo el concurso al permitir la realización de la garantía con el conjunto de bienes que integran la empresa en crisis, posibilidad que exige la autorización del juez del concurso.

Este asunto parte de dos supuestos básicos en la discusión: al constituirse la fiducia, los bienes son enajenados para que con ellos se conforme un patrimonio autónomo, y, en segundo lugar, los bienes que integran el patrimonio autónomo se administran por la sociedad fiduciaria de acuerdo a los contenidos delimitados en el contrato, por lo cual, al no tratarse de un mandato, determinan que la ejecución del contrato lo haga directamente la sociedad fiduciaria en beneficio de los beneficiarios o fideicomisarios del contrato. Las respuestas ofrecidas por la autoridad administrativa no contaban con un cuerpo normativo en materia concursal que describiera los efectos frente a los negocios fiduciarios por lo que los primeros Autos proferidos sobre la materia por la Superintendencia de Sociedades de Colombia, buscaban dar soluciones a partir de la interpretación sistemática de las normas vigentes, tanto para la fiducia como para los procedimientos concursales. Tres asuntos quedan de este sustrato de decisiones a pesar de la inconformidad de quienes, en defensa de los negocios fiduciarios y su ejecución, sostenían tesis contrarias a las de la Superintendencia:

- i) Todas las formas de garantía quedan sujetas al régimen de concurso, incluida la fiduciaria. En otras palabras, los bienes que hacen parte del patrimonio autónomo se encuentran afectos al concurso, así se hayan enajenado. En este punto, uno de los aspectos más complejos de la decisión, que se mantuvo en el tiempo como doctrina y que fue posteriormente incorporado en la legislación, se encuentra relacionado con el tratamiento que debía darse a

los acreedores beneficiarios una vez incorporados en el concurso, pues sus derechos no ofrecían contractualmente el tratamiento de derechos reales, siendo en principio tan solo conferían derechos personales o de crédito, en ese sentido, resultaban acreedores de la última clase en términos de las prelacións legales.

Desde el Auto que decidió el caso de Acerías, la tesis propuesta fue considerarlos como acreedores con garantía real para efectos de la aplicación de las prelacións crediticias, con el argumento de que si bien del contrato no se derivaban derechos reales en estricto sentido, éste era un negocio que permitía la asimilación, por sus características, a aquellos en los que se involucraban derechos reales, como es el caso de la hipoteca o prenda. Interpretación en inicio sorprendente por que se cambia con un auto de decisión de un recurso de reposición el sistema de prelacións legales sin que exista una justificación de peso para ello.

Esta tesis se mantuvo en la legislación, las motivaciones siguen siendo las mismas. Además, sorprende, en este punto, que no hay un sustento profundo sobre el alcance de la tradición de bienes efectuadas a título de fiducia. Este aspecto llevó a que en el debate se indicara que la solución legal natural en el sistema de concurso fuera el uso de las acciones revocatorias de los contratos de fiducia con el fin de reintegrar los bienes del deudor, teniendo en cuenta que los contratos habían sido eficazmente celebrados, y dentro de ese marco el cuestionamiento de los mismo sólo podía ser objeto de revocación. Este tema fue desvirtuado a partir del argumento de que las normas sobre el concurso son especiales y preferentes por lo que impiden la aplicación de otros cuerpos normativos. Aquí se olvida que el problema no es la aplicación de normas, sino el despacho de derechos adquiridos frente a un contrato eficazmente celebrado y en ejecución.

- ii) Con el fin de desvirtuar las tesis que sostenían los abogados de las sociedades fiduciarias, en el sentido de que en virtud de la celebración del contrato de fiducia sus ejecuciones eran de actos de administración y que tanto la fiduciaria como los beneficiarios eran terceros frente al deudor, la Superintendencia de Sociedades mantuvo en firme el concepto a partir del cual, en las fiducias de garantía, el deudor fideicomitente, impartía las instrucciones acerca de cómo debía desarrollarse el contrato de fiducia, y por lo tanto la gestión fiduciaria dependía específicamente del acto constitutivo acordado, por lo cual lo que se le prohíbe al deudor (actos de enajenación

de bienes, ejecución o constitución de garantías, en otros) también le está prohibido a la fiduciaria, por derivar sus instrucciones de éste.

La naturaleza de esta discusión lleva a la revisión del origen del negocio fiduciario y de las dificultades que supone la adopción del *trust* angloamericano en nuestro contexto nacional. De allí, usando como fuente la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1958, e interpretando sus contenidos de manera cuestionables, se esgrime la tesis de que el fiduciario es propietario formal o instrumental de los bienes entregados en fiducia, para indicar que no ejerce los derechos de propietario por encontrarse limitado en su gestión y por tener la prohibición de mezclar sus activos como persona jurídica con los entregados para la administración fiduciaria. Tesis que se sustenta en que la única forma de entender la legitimación del fiduciario para la ejecución de los cometidos fiduciarios se encuentra en que es propietario instrumental, dejando de lado el hecho de que los patrimonios autónomos se encuentran constituidos justamente para ese efecto y de que el contrato mismo y la vocería en la administración, más la disposición legal que les confiere la personería jurídica, son argumentos suficientes, y que éstos argumentos eran, justamente, los que buscaba introducir la Comisión redactora del proyecto de 1958, cuando buscaba explicar lo que era el *trust* y le mejor manera de integrarlo al contexto colombiano. Este problema se demuestra con los varios conceptos de las autoridades administrativas y con las diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia, sala Civil, revisadas en el capítulo, donde afirman que el patrimonio autónomo no es persona jurídica y que sólo las personas naturales y jurídicas pueden ser sujetos de derechos y tener capacidad para ser parte procesalmente. Hoy el trasfondo del tema es bien diferente: el Código General del Proceso incluye a los patrimonios autónomos de manera directa como sujetos del proceso, con capacidad para ser parte y la Ley 1116 de 2006, permite que, en los eventos en que el patrimonio autónomo permita el desarrollo de empresa, puedan ser solicitantes del procedimiento de insolvencia.

- iii) Finalmente, la ejecución de los negocios fiduciarios de garantía se encuentra prohibida y tan sólo es posible realizarla si se da la específica autorización por el juez del concurso.

La tesis de la Superintendencia de Sociedades se mantuvo durante la vigencia de la Ley 222 de 1995, se incorporó en la Ley 550 de 1999 y con algunas distinciones,

se mantuvo en el régimen de insolvencia. Sin embargo, el régimen de insolvencia y las modificaciones que a éste le hiciera la Ley 1676 de 2013, sobre garantías mobiliarias, introdujo cambios notorios frente a la situación interpretativa anterior. De una parte, como se explicó, la Ley 1116 de 2006, introdujo la posibilidad de que los patrimonios autónomos que desarrollaran empresa entraran como posibles sujetos de los procedimientos previstos para la insolvencia, cambiando la postura frente al régimen anterior que no lo permitía. Además, el legislador fijó una serie de excepciones más amplia frente a las fiducias y patrimonios autónomos que fueran fuente de garantía en procesos de titularización o que sirvieran como instrumento para emisiones de títulos en el mercado público de valores, sustrayéndolas del régimen de autorizaciones y de prohibiciones contenidos como efectos propios de la reorganización. Esta previsión, que resultaba necesaria para el desarrollo de los procesos bursátiles podría considerarse como el resultado de una excesiva preocupación por la fiducia de garantía frente a otras modalidades del negocio en relación con los procedimientos de concurso. La tesis, que en forma particular se fijó en función de la fiducia de garantía, puede conllevar dudas en su aplicación frente a otras modalidades que permite el contrato, teniendo en cuenta que sus características estructurales son las mismas para todas aun cuando su finalidad difiera, como sucede en el caso de la garantía.

Sin embargo, el cambio más profundo y sorprendente, se encuentra en el manejo de las garantías, entre las que se halla la garantía fiduciaria. Desde la Ley 550 de 1999 empieza a aparecer la fiducia con fines de garantía en los textos legales con el fin de resaltar su sometimiento al régimen. En la Ley 1116 de 2006, se incluyó la posibilidad de que, en los procedimientos de adjudicación y liquidación judicial, el juez del concurso excluyera de la masa de bienes a liquidar a las fiducias de garantía, sin perjuicio de las obligaciones de estirpe pensional. Si bien esta puerta para la exclusión del régimen del concurso es cuestionable, el nuevo régimen de garantías mobiliarias introdujo modificaciones que aumentan las posibilidades de excluir del régimen de insolvencia más garantías, entre las que se encuentran incluidos los patrimonios autónomos cuya finalidad sea la cobertura de obligaciones del deudor.

En efecto, la Ley 1676 de 2013, estableció y definió la distinción entre bienes necesarios para la actividad empresarial frente a bienes no necesarios para la misma. Esa distinción tiene el propósito de excluir del régimen de concurso a aquellos bienes que fungen como garantía y que no resulten necesarios para la actividad de la empresa. En ese sentido, en el inventario de bienes que presenta el deudor al solicitar la admisión al régimen de reorganización debe relacionar

que bienes no son necesarios para la actividad. De esta manera, si los bienes son garantía de pago de obligaciones del deudor, pueden ser excluidos del concurso con el fin de que el pago se realice en forma directa o con los procedimientos que prevé la unificación del régimen de garantías mobiliarias, teniendo como exigencia la inscripción en los registros que correspondan según la naturaleza de los bienes o el tipo de contrato de que se trate. Para el caso de la fiducia, el procedimiento siempre será el que tenga previsto el contrato. Sin embargo, el régimen de exclusiones no se contiene en ese punto, pues permite que el acreedor solicite al juez del concurso que declare que bienes no relacionados como no necesarios para la actividad empresarial se incluyan en la categoría.

Además, la Ley 1676 de 2013, permite que para el evento del deterioro de la garantía la solicitud de sustitución del bien por otro de iguales condiciones o características similares, así como también previene que, si hay posibilidad de pérdida de valor por depreciación, además de la posibilidad de sustitución, se realicen reservas o se hagan pagos periódicos que permitan lograr el equilibrio frente al menor valor.

Estos casos, que amplían las seguridades con que cuentan los acreedores garantizados dejan de lado los principios propios del concurso y dejan en riesgo la protección del crédito y el sentido de recuperación de la empresa en crisis. Si bien es una política legislativa frente a la protección de las coberturas que tiene como fin facilitar el acceso al crédito, puede llevar en la práctica a que se disminuya el interés por la recuperación de la empresa.

Bajo esta perspectiva, pareciera que las medidas regresaran a la concepción legal del régimen de concursos del Código de Comercio colombiano de 1971, que permitía que los acreedores con garantías reales pudieran optar por no participar de la suerte del concurso, solo que en la actual legislación se restringe a bienes no necesarios para la actividad empresarial, ampliando el espectro a otras formas de garantía y no solo a las que se soportan en derechos reales sobre los bienes. Desde el ámbito del concurso, el cuestionamiento que aparece se encuentra referido al sentido de la aplicación de principios como la universalidad y la igualdad de trato a los acreedores. Sobre este particular, con la reciente entrada en vigencia de la ley de garantías mobiliarias, desafortunadamente, no se pueden ofrecer indicadores que permitan medir los efectos de la política legislativa incorporada desde el año 2013 a la fecha.

CONCLUSIONES

La indagación sobre las concepciones de la dogmática jurídica que permiten la comprensión acerca de la forma en que se han resuelto los problemas jurídicos en materia del patrimonio autónomo fiduciario en Colombia, muestra las distintas tensiones, distancia e incoherencia entre modelos normativos y teóricos frente a la realidad de los casos, que superan dichos modelos y que, en muchas oportunidades, permiten valorarlos como insuficientes.

Una vez ejecutado el diseño metodológico de cara a la realización del trabajo de investigación que se propuso, se puede concluir, a partir de los hallazgos de los que se da cuenta en el primer capítulo, que una vez adelantada la finalidad de identificar los antecedentes de la incorporación de los patrimonios autónomos fiduciarios en el ordenamiento jurídico de Colombia, se muestra cómo en Latinoamérica desde los años 20 del siglo pasado, se abrió el debate jurídico acerca de la forma en que se debía introducir el *trust* angloamericano en las legislaciones de sus países.

La primera evidencia sobre la discusión se halla en los trabajos de Ricardo Alfaro (1920) sobre el tema, que terminan incorporándose en la legislación panameña unos años más tarde. Goldschmidt (1954), describe el proceso de formación legislativa en Latinoamérica durante ese período, en el cual se sobresalen dos características centrales: en primer lugar la dificultad que representa la apropiación del *trust* por los derechos contractuales latinoamericanos de clara influencia romano germánica, debido a las profundas diferencias conceptuales

en el tratamiento del derecho de propiedad en el *trust* anglosajón, en el cual se reconocen dos clases distintas de propiedad sobre los bienes objeto del negocio: la propiedad legal, en cabeza del fiduciario, y la propiedad en equidad, de la cual es titular el beneficiario del *trust*, frente a la rígida estructura del derecho real de propiedad en nuestro entorno civilista, tal y como se mostró al hacer el recorrido de formación de los derechos propiedad derivados de la fiducia en el ambiente anglosajón. En segundo lugar, la apropiación del esquema angloamericano, conduce a una profunda revisión e interpretación jurídica de las instituciones civiles con el fin de acoplar las reglas del *trust* a los rígidos instrumentos del derecho civil legislado en América latina.

En ese sentido, esta discusión se incorporó al trabajo legislativo colombiano de 1923, que introduce por primera vez el molde contractual del encargo de confianza en el ámbito bancario nacional (Ley 45 de 1923). Sin embargo, la discusión no es de orden jurídico aunque sí lo son los instrumentos regulados: como se encontró en la revisión documental, dentro de los trabajos proyectados por la Misión Kemmerer, trabajos que luego fueron acogidos en su mayoría como legislación permanente en el país, lo que aparece es la intensión general de modernizar la economía y la banca nacionales, la cual, dentro de los marcos de su estructuración, incorporó en su organización interna el servicio de secciones fiduciarias que desarrollarían encargos de confianza, más cercanos al esquema del contrato de mandato que al del *trust* original, aun cuando el origen del encargo de confianza provino del derecho angloamericano.

No hubo discusión en Colombia durante este periodo, sobre la estructura de la propiedad derivada del *trust* angloamericano, ni acerca de las posibilidades de su adaptación al entorno nacional, ni se evidencia un debate jurídico sobre la estructura patrimonial del negocio fiduciario, como si se observó en otros países latinoamericanos. Los contextos básicos de la interpretación siguieron apegados a los lineamientos civilistas de la época, amparados en la tradición dogmática cuyo centro era el Código Civil y sus estrictas reglas hermenéuticas, propias de la exégesis, por lo que, en ese orden de ideas, se acoge el contrato de mandato como punto de partida para la explicación del encargo de confianza. Este negocio es el origen de los encargos fiduciarios en el país.

Se encuentra que la discusión jurídica en Colombia acerca de la apropiación del *trust* viene a darse años más tarde al interior de la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio colombiano de 1958. Esta Comisión, con el fin de instrumentar el contrato en el país, treinta y ocho años después, trasladó las

preocupaciones teóricas que ya Alfaro (1920) había incorporado en sus estudios sobre la apropiación del *trust*.

Casi en el mismo orden, separando la propiedad fiduciaria civil y el encargo de confianza de la Ley 45 de 1923, de sus estudios, la Comisión elaboró un proyecto centrando su preocupación en el origen inglés del negocio fiduciario y en su estructura patrimonial del *trust*, con el fin de comprender las distinciones y efectos que el derecho angloamericano hace frente a la propiedad derivada de la fiducia (*legal propriety* y *equity propriety*) para encontrar un adecuado acoplamiento frente a la estructura de la propiedad como derecho real en el ámbito nacional.

La Comisión consideró que los derechos del propietario en equidad debían reconocerse en términos de establecer un conjunto de acciones que le permitieran reclamar judicialmente su interés frente a los resultados de la fiducia o a la administración de los bienes por el fiduciario. Con esto la Comisión creyó encontrar una salida segura a lo que Alfaro (1920) no pudo inicialmente desligar del contrato de mandato. Sin embargo, se observa cómo la Comisión redactora, no hace referencia alguna en la exposición de motivos, ni en el texto legal del proyecto, al concepto de patrimonio autónomo tal como hoy lo conocemos, es decir como producto de la enajenación de los bienes que se entregan en fiducia para su administración.

Sobre el particular, la Comisión tan solo redactó los efectos patrimoniales frente al negocio: la enajenación de bienes, la separación de activos fideicomitidos de los activos del fiduciario y la imposibilidad para los acreedores del fiduciario, fideicomitente y fideicomisario de perseguir los bienes que se hubieren entregado en fiducia, por lo que tan sólo, en un aparte de la exposición de motivos, la Comisión hizo uso de las palabras “patrimonio relativamente autónomo” con el fin de hacer referencia a la especial afectación de los bienes transferidos y de su fungibilidad frente al fin previsto por el fideicomitente en el contrato (Comisión, Tomo II, p. 291)

En el segundo capítulo se determinó la forma en que incorporó en el orden legal colombiano el patrimonio autónomo fiduciario, y se mostró cómo desde un análisis hermenéutico propio de la dogmática tradicional, se integraron formalmente los efectos del contrato de fiducia mercantil y del patrimonio autónomo fiduciario, luego de la expedición del Código de Comercio colombiano.

En efecto, la promulgación del Código de Comercio colombiano, Decreto Extraordinario 410 de 1971, marcó el punto de partida para la construcción conceptual del patrimonio autónomo en el negocio fiduciario. Por vez primera a partir de la fuente legal se delinearán los elementos que determinan la estructura del contrato, entre los cuales se encuentra la constitución de patrimonios autónomos con el fin de lograr de una manera más eficaz los cometidos acordados para el desarrollo del negocio, ubicando desde la teoría al patrimonio autónomo, es decir, entendido como una universalidad jurídica que se forma como resultado de la constitución de un contrato de fiducia mercantil. Causa por la cual se transfiere el dominio de bienes que pasan a integrarlo y que son objeto de la administración encomendada por el constituyente al fiduciario.

De esta manera, a diferencia de lo proyectado en 1958, la legislación no solo incorpora el patrimonio autónomo como instrumento estructural del contrato, sino que asocia buena parte de los efectos patrimoniales para la ejecución de la administración fiduciaria que fueran previstos desde el proyecto de 1958, con el fin de deducir los elementos que estructuran el patrimonio autónomo: su constitución como efecto de la enajenación de los bienes fideicomitidos, su autonomía frente a las partes del contrato en la medida en que la separación patrimonial es plena y reconocida por la ley.

El marco de la construcción de los elementos que estructuran el contrato y sus efectos, partió, como se mostró, de considerar la tipificación del negocio de fiducia como completa, coherente y clara, por lo que la estructura del contrato y del patrimonio autónomo se definió desde los lineamientos previstos en la ley a partir de un esquema similar en sus características al de la conceptualización propuesta por la exégesis y la jurisprudencia de conceptos del siglo XIX. De esta manera, a pesar de que en la ley mercantil no se hace alusión sino una sola vez al patrimonio autónomo sin describir sus contenidos, de la revisión sistemática del conjunto de artículos que regulan el contrato en la tipificación mercantil, se dedujo lo que para la doctrina es el resultado propio de los efectos patrimoniales del contrato.

En esta tradición, en consecuencia, los acreedores del fiduciario, del fideicomitente y del fideicomisario, no podrán perseguir los bienes fideicomitidos, justamente, en razón de la separación patrimonial producto de la enajenación para el fideicomitente y de la constitución del patrimonio autónomo, frente al fiduciario y al beneficiario de la fiducia. De esta manera, la masa de bienes transferida queda afecta a un fin acordado en el contrato siendo su vocera y administradora la sociedad fiduciaria, en razón de los contenidos acordados para el negocio y de lo

dispuesto por la ley. Como se expresó, el marco normativo mercantil incorporado en 1971, reguló asuntos de formación y terminación del contrato, reglas de la administración y delineó los efectos del patrimonio autónomo, fundamentado en el elemento teleológico o finalidad para la cual fue prevista la administración.

Como se mostró en el capítulo, este panorama acogido por la doctrina tradicional para resolver los casos paradigmáticos, va a encontrar reparos en los dos primeros debates que vinculan la comprensión del patrimonio autónomo a la discusión: El primero de ellos en materia fiscal, el segundo referido a la posibilidad de reconstrucción del patrimonio del deudor constituyente de la fiducia revocando el contrato y, con ello, el patrimonio autónomo, con el fin de que los acreedores logaran el pago, acogándose a las reglas dispuestas en el artículo 1238 del Código de Comercio colombiano.

El debate fiscal recauda la experiencia en la materia y la construcción conceptual sobre los patrimonios autónomos desde los años setenta hasta segunda mitad de los noventa, partiendo de considerar el negocio fiduciario y la enajenación de bienes para conformar un patrimonio autónomo como una forma de eludir las obligaciones fiscales, en particular las referidas al impuesto sobre la renta y la ganancia ocasional.

En ambos casos, el caso fiscal y el caso de las acciones de revocación en materia de fiducia, se encuentra un denominador común en la base de la discusión: la contratación de fiducias y la enajenación de bienes para integrar el patrimonio autónomo como una forma de evadir responsabilidades con acreedores, de alzarse en bienes para evitar el pago con acreedores anteriores a la constitución del negocio fiduciario o de eludir el pago de obligaciones fiscales.

Las respuestas para ambos casos encontraron la ley como fuente formal principal por lo que se aplicaron los criterios de interpretación exegéticos y conceptuales. La revisión se concentró en determinar el sentido de los enunciados normativos y sus consecuencias jurídicas, en un ambiente claramente civilista y desde el marco de los lineamientos del derecho de los contratos, haciendo una revisión teórica de problemas bajo la perspectiva de la coherencia y completitud del derecho privado frente a los procesos propios de la adecuación normativa de las realidades sociales desde otros campos, como el fiscal, y el del alzamiento de bienes.

Con las medidas legales que se toman para evitar la evasión en los años setenta, se observa una detallada casuística en donde se incluían relaciones de parentesco,

destino de los bienes al final de la fiducia y rentas percibidas, tal como aparece en los Decretos Extraordinarios 2053 y 2348 de 1974, que reglaron la materia en su momento. Esta situación presenta dos elementos particulares frente a la teoría: no se construye una conceptualización general sobre el tratamiento de los patrimonios autónomos en el negocio fiduciario a partir de la identificación de notas características del contrato y de sus efectos patrimoniales, como es natural en la explicación de los contratos y de los efectos patrimoniales derivados del mismo, sino que se parte de una concepción negativa del contrato (la mala fe, la elusión y alzamiento de bienes). Estos elementos van a ser debatidos en los años 90, como se mostró con el examen de las distintas ponencias presentadas en las Jornadas XIX del Instituto Colombiano de Derecho Tributario (1995), debate que culmina con la reforma introducida al artículo 102 del Estatuto Tributario colombiano (Ley 223 de 1995), que recauda una mejor comprensión del negocio y de los contenidos del patrimonio autónomo, para terminar reconociendo al patrimonio autónomo como una masa de bienes independiente, por lo que a su vez, alejándose de la casuística de los años 70, deja a cargo de los beneficiarios (sea el constituyente o terceros), el pago de los impuestos sobre la renta y/o ganancia ocasional.

Frente a las acciones revocatorias ante el fraude a los acreedores, segundo caso, si bien el panorama es distinto al tributario por la naturaleza de la materia, se evidenció cómo se dejó, excepcionalmente abierta, la posibilidad de que la masa de bienes que integra el patrimonio autónomo, sobre la cual no cuentan con derecho real alguno ni el constituyente ni los beneficiarios del contrato de fiducia, pueda ser revocada para el pago de las acreencias del constituyente, anteriores a la celebración del contrato de fiducia. En este caso, se muestra cómo la tensión propia del debate tuvo su causa en la escueta redacción del artículo 1238 del Código de Comercio, que parecía sujetar el éxito de la acción de revocación a la demostración de un elemento temporal: que las obligaciones que se busca pagar hubieren sido contraídas con anterioridad a la formación del contrato de fiducia y a la integración del patrimonio autónomo. A partir de la discusión doctrinal y de los trabajos de conceptualización de la Superintendencia Bancaria de la época, se asimiló la acción al ejercicio de la clásica acción pauliana, para construir las reglas de su ejercicio y proteger la estabilidad de los patrimonios autónomos constituidos con fiducia: no sólo se exige el elemento temporal, sino también, la demostración del desequilibrio patrimonial del deudor constituyente, con causa en la celebración de la fiducia y la inexistencia de otros bienes del deudor con los cuales lograr el pago.

Este período descrito, junto con los debates anotados, muestran el intento por conceptualizar desde la legislación, considerada como una legislación completa, autónoma y coherente, las notas distintivas del contrato, sus elementos estructurales y los efectos del patrimonio autónomo, efectos desde los cuales se describe su contenido. Es un periodo de acoplamiento e interpretación intensa, a partir de las normas legales, pero a su vez, es un período en el que se empieza a develar la construcción de respuestas frente a la apropiación o trasplante del contrato, así como frente a los procesos creación y de respuesta interpretativa ante situaciones no paradigmáticas.

Como se mostró en los capítulos tercero y cuarto en los que, de acuerdo con lo evidenciado en las discusiones observadas desde el estado del arte, aparecen casos no tradicionales o paradigmáticos en los que el desarrollo legal y la aplicación del patrimonio autónomo en materia de fiducia rompen con el esquema del derecho privado tradicional, e incluso muestran un enfrentamiento con otras ramas del derecho para mantener su autonomía disciplinar. Es así como en los años noventa se traslada la discusión al ámbito de la contratación pública y nuevamente la actividad fiduciaria es puesta en tela de juicio, siendo el centro del debate el contrato de fiducia mercantil y el patrimonio autónomo cuando la finalidad se refiere a temas propios de la contratación administrativa.

Tal como se evidencia en el capítulo tercero, el primer protagonista es la Contraloría General de la República (1988), al presentar un informe sobre las dificultades que representa la contratación de fiducias mercantiles en la esfera pública, sus argumentos son los siguientes: el Decreto 222 de 1983, estatuto de contratación administrativa de la época, no incluía a la fiducia mercantil en su régimen por lo que la actividad fiduciaria, que es una actividad privada, se podía contratar en forma directa. Esto permitió que actividades propias de la administración se encomendaran a las sociedades fiduciarias, incluyendo actividades que se encontraban regladas por el régimen contractual del Estado, sin que además hubiera un proceso de selección adecuado. Además, al integrarse el patrimonio autónomo con bienes del Estado, la administración quedaba reglada por un contrato administrado por una persona jurídica de derecho privado y los bienes, por su enajenación, salían de la esfera de control patrimonial público.

Este debate se incorporó en la actividad legislativa que discutió frente al proyecto de contratación estatal de los 90, de nuevo, bajo un manto de duda sobre la bondad del contrato, la administración adecuada y el control del patrimonio autónomo, dejando un resultado que causó una profunda tensión en el mercado:

La Ley 80 de 1993, incorporó la actividad fiduciaria bajo su égida, sometiéndola a las reglas de selección para el esquema contractual público, pero, y es lo más sobresaliente sobre el tema, prohibiendo en la celebración de contratos de fiducia pública la integración de patrimonios autónomos.

La respuesta no se hizo esperar. Las sociedades fiduciarias y la comunidad de intérpretes del derecho privado consideraron que se desnaturalizaba el contrato de fiducia al ser eliminado de su estructura el patrimonio autónomo. De hecho, la integración del contrato al régimen de contratación estatal fue considerada como violatoria del principio de igualdad, al considerar que imponer las reglas de la contratación pública a las sociedades fiduciarias conllevaba trabas para la libertad de empresa, siendo restricción del mercado fiduciario en relación con las demás actividades financieras que no se encontraban incorporadas al nuevo estatuto. En este punto del debate resulta muy interesante observar que los argumentos de la Contraloría y del legislador se enfocaban hacia considerar que los patrimonios autónomos no permitían una adecuada fiscalización de los recursos públicos entregados dejando en tela de juicio la ética de la administración fiduciaria. Esta razón, es la que aparece como más sensible en la determinación de suprimir en materia pública el patrimonio autónomo de los contratos de fiducia.

El punto de cierre en esta discusión entre lo privado y lo público en esta materia lo logra la Corte Constitucional en la Sentencia C-086 de 1995, que revisa la constitucionalidad de las normas sobre fiducia pública contenidas en la Ley 80 de 1993, sentencia que, curiosamente, no se refiere a los argumentos del legislador sino a la naturaleza del nuevo estatuto. Consideró el juez constitucional que el legislador había creado una nueva forma de contrato en materia pública: la fiducia pública, siendo su característica específica, el carecer de patrimonio autónomo. Desde la óptica privatista, la fiducia pública tenía el mismo carácter que el encargo fiduciario por carecer de los efectos patrimoniales de la fiducia mercantil.

Estos elementos que en el capítulo tercero se denominaron como elementos de cierre del debate, dejan una serie de preguntas abiertas o dudas sobre el tema: (i) la pregunta referida a si era necesario suprimir el patrimonio autónomo de los contratos de fiducia celebrados con la administración pública, soportados en la tesis de la ausencia de control sobre los mismos. La segunda, revela, a pesar del destacado parecer de la Corte Constitucional, que (ii) el cambio introducido no revisó en profundidad las importantes implicaciones de los patrimonios autónomos en los negocios fiduciarios para la realización de negocios de interés público, que van desde obras de infraestructura hasta administración de recursos del Estado

e inversiones o emisiones en el mercado de valores: en la revisión detenida del tema, como se evidenció a lo largo del capítulo tercero, la discusión sigue abierta, en la medida en que se encontraron más de veinte excepciones por vía legal a esta regla distintiva del contrato de fiducia pública. Es decir, hoy hay un sin número de contratos de fiducia pública que cuentan con la estructura tradicional del derecho privado y, por lo tanto, conllevan la formación de patrimonios autónomos para lograr con su administración los cometidos estatales. Estas excepciones, como se mostró, de orden legal, hacen su aparición desde la expedición de la Ley 80 de 1993 y continúan hasta la fecha. Aquí, aun cuando operativamente la fiducia pública sigue siendo herramienta natural de la contratación estatal, el debate sigue abierto en la medida a que las respuestas legislativas reconocen la ausencia de los patrimonios autónomos en la estructura del negocio, sin que se haya dado una conceptualización sobre sus contenidos y alcances profunda.

En el cuarto capítulo se observó cómo, la aplicación de los efectos tradicionalmente reconocidos por la dogmática civilista para dar respuesta a los problemas propios de la fiducia mercantil y los patrimonios autónomos fiduciarios, aparecían como insuficientes en materia de procedimientos concursales, por cuanto la problematización y el choque entre los principios del concurso y las reglas del contrato privado, los presentaban como casos difíciles y no paradigmáticos que requerían otro tipo de soluciones y análisis.

Este debate, que se extiende en el tiempo por más de 30 años, evidencia la construcción de una respuesta a los problemas jurídicos abordados a partir de una jurisprudencia de intereses, no siempre ordenada y sostenida en el tiempo, por lo que sus argumentos aún hoy parecen estar en plena construcción, generando espacios de indeterminación e inseguridad frente a las reglas a aplicar. La revisión detenida de las tensiones detectadas en el marco de los procedimientos concursales y el uso de los principios que le son propios a las reglas del concurso, son una muestra de la acción del decisor - intérprete que buscó delinear o encauzar, la interpretación del contrato de fiducia y los efectos del patrimonio autónomo para lograr los objetivos de protección de la empresa como fuente de riqueza y empleo y para satisfacer el pago de sus obligaciones frente a los acreedores. Sin embargo, en el capítulo cuarto se observa cómo, desde la expedición del Código de Comercio colombiano de 1971 y hasta la fecha, el conjunto de la legislación y los debates ofrecidos sobre procedimientos mercantiles que parece culminar con la expedición de la Ley 1116 de 2006, junto con las modificaciones introducidas principalmente por las normas que en el año 2013 se expidieron sobre garantías mobiliarias, ha devenido atenuado porque el

rigor inicial mantenido por el juez del concurso y sostenido posteriormente por el legislador, frente al tratamiento de la fiducia y los patrimonios autónomos los procedimientos de concurso se ha perdido para dar paso a un régimen legal que parece retroceder en el tiempo, al recoger en la ley concepciones superadas por la teoría en formación, que dieron origen a los debates de los años setenta y ochenta del siglo pasado.

En el centro de los diferentes debates mencionados, el denominador común siempre tuvo como punto de partida la construcción que desde la dogmática tradicional del derecho se hizo de la fiducia y del patrimonio autónomo fiduciario, tal como se describió en el segundo capítulo de este trabajo, y en particular sobre los efectos de la enajenación de bienes del constituyente (deudor en concurso) y la integración y efectos del patrimonio autónomo derivado del acuerdo. Debe entenderse aquí, que la preocupación inicial frente a la constitución de patrimonios autónomos se encuentra referida a lograr que bienes del deudor enajenados a título de fiducia, en especial, fiducia en la modalidad de garantía, antes de la iniciación del concurso, se integren al mismo teniendo en cuenta su importancia como activos para lograr la reorganización, los acuerdos y pagos.

En la legislación concursal contenida en el Código de Comercio de 1971, se permitía a los acreedores con garantía real escoger si hacían parte del concurso, sujetándose a sus reglas, o si buscaban la ejecución por fuera del procedimiento. Si bien el esquema fiduciario no permite considerar que del contrato se deriven derechos reales cuya titularidad se encuentre en cabeza de las partes que integren el contrato, el esquema de 1971, permitió en principio, que las garantías preferidas por los acreedores, en especial del sector financiero, fueran las reales, como la prenda y la hipoteca. Desde el ámbito del concurso resultaba perfecto para los acreedores con garantía real no tener que participar en los resultados del procedimiento al poder ejecutar la garantía por fuera del trámite. Como se evidenció, las críticas no se hicieron esperar, al considerar que dar un trato diferente a los acreedores y no permitir que los bienes objeto de la garantía fueran parte de los activos del concurso, violentaba los principios de igualdad de los acreedores y universalidad, tradicionalmente reconocidas para este tipo de procedimientos. El ajuste institucional lo introdujo el Decreto 350 de 1989, que reformó los procedimientos de concurso y que, como se mostró, realzó la importancia de los principios, obligando legalmente a que todos los acreedores participaran en el trámite, no importa la naturaleza de la obligación ni la clase de garantía y por supuesto, respetando las reglas sobre prelación de créditos.

Este cambio institucional fue trascendental en materia de fiducia, en particular de fiducia en la modalidad de garantía, pues aparecía con una ventaja frente al resto de garantías: si bien no confería los beneficios de una garantía real, los bienes se enajenaban a título de fiducia en favor de acreedores (beneficiarios), constituyéndose un patrimonio autónomo cuya finalidad era el pago en el evento del incumplimiento. Producto de la enajenación a título de fiducia, los bienes que integran el patrimonio autónomo no harían parte de los activos del deudor fallido. Este efecto natural de la celebración del contrato de fiducia conllevó a considerar la garantía fiduciaria, de una parte, la mejor forma de cobertura, pues no requería de un proceso de ejecución para su realización debido a que la fiduciaria, de acuerdo con el procedimiento definido en el contrato, efectuaría el pago de la obligación contra la presentación de los certificados de garantía por los beneficiarios de la misma, sin tener que acudir a trámite judicial alguno. Además, se ofrecía una ventaja frente al concurso: se trataba de un contrato celebrado con anterioridad a la iniciación del mismo, por lo que los activos que integraban el patrimonio autónomo no hacían parte de la esfera patrimonial del deudor en concurso. En otras palabras, procedía la realización de la garantía, como ejecución del contrato de fiducia, sin tener que integrarse al procedimiento concordatario de la época.

Como se observó, la controversia no tardó en aparecer dado que el sector financiero y empresarial, encontró como en momentos de dificultad, la fiducia en general y la modalidad de garantía, en particular, ofrecían enormes ventajas como cobertura no sólo frente al riesgo del impago de las obligaciones financieras del deudor, sino también para la protección de los activos de la empresa frente a obligaciones con otros acreedores, cuando el deudor solicitaba el trámite concordatario. Este ajuste institucional enfrentó la arquitectura que desde el derecho privado se había cimentado sobre el negocio de fiducia y los patrimonios autónomos fiduciarios con los principios de igualdad de los acreedores y universalidad que rigen los procedimientos de concurso, impulsando la construcción de un marco interpretativo que ajustara el ámbito de lo privado al interés público involucrado en la protección de la empresa en crisis.

Como se observó en los casos analizados, los argumentos de la Superintendencia de Sociedades de Colombia en 1995, inicialmente partieron de determinar los aspectos básicos de la estructura de la fiducia y los patrimonios autónomos para establecer sus limitaciones frente al procedimiento concordatario con el fin de sustentar la tesis a partir de la cual, aun cuando las fiducias se hubieren constituido con anterioridad a la iniciación del concurso, no le era posible al fiduciario realizar las garantías administradas sin autorización del juez concursal, pues lo que

se encontraba prohibido para el deudor constituyente de la garantía, no le era permitido tampoco a quien realizaba sus cometidos.

La Superintendencia de Sociedades asimila la fiducia en garantía a una garantía real y determina que los acreedores beneficiarios de la garantía sean tratados para efectos del procedimiento como acreedores reales, prendarios o hipotecarios, según la naturaleza de los bienes fideicomitidos, modificando por auto de decisión frente a un recurso, disposiciones de orden público civiles sobre el tema en la medida en que los beneficiarios no tienen derecho real alguno derivado del contrato y que para efectos de su calificación en el concurso son acreedores quirografarios. El amparo en el carácter especial y preferente del procedimiento concursal fue el fundamento principal para excluir los efectos naturales del contrato de fiducia. Esto llevó a que se considerara la decisión de la Superintendencia tomada dentro del proceso concordatario de Acerías Paz del Río S. A. (Superintendencia de Sociedades. Auto 410-6017 de 18 de diciembre de 1995), como una decisión de orden político en razón a que se buscaba que los activos que integraban el patrimonio autónomo cuestionado, que eran fundamentales para salvar la empresa, sostén laboral de toda una región colombiana pasaran a formar parte del concurso.

Como se evidenció en el último capítulo, esta tesis de la Superintendencia de Sociedades se mantuvo desde 1995 hasta el año 2006, es decir, durante la vigencia de dos cuerpos normativos sobre concurso, la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999, con algunas variaciones en sus argumentos, en los que se agregó la revisión sobre los orígenes anglosajones de la fiducia y los efectos de los patrimonios autónomos, haciendo un análisis interpretativo de diversas fuentes doctrinales y legales, para luego, a partir de los principios del concurso, determinar la afectación de los patrimonios autónomos al mismo.

Sin embargo, a pesar de la extensión de su análisis, frente a los elementos estructurales del contrato y del patrimonio autónomo quedaron varios interrogantes abiertos: ¿cómo explicar que los bienes que han sido enajenados a título de fiducia y que integran un patrimonio autónomo hacen parte de los bienes de la empresa para los efectos del concurso? ¿Cómo explicar que un contrato eficazmente celebrado en el cual hay una serie de afectaciones patrimoniales producto de la enajenación de activos de la empresa y de la constitución de un patrimonio autónomo, pueda desconocerse para efectos de la aplicación preferente del procedimiento concursal desconociendo derechos adquiridos, sin que obre la revocación del mismo prevista por las mismas normas concursales? Las respuestas ofrecidas buscaban básicamente obligar a los acreedores beneficiarios de la fiducia

de garantía a participar del concurso, prohibiendo a las sociedades fiduciarias la realización de la garantía con los bienes que integran el patrimonio sin que mediara la autorización del juez del concurso.

La entrada en vigencia de la Ley 1116 de 2006, ley que buscó unificar el régimen de concurso a partir de la experiencia recaudada de las décadas anteriores, en principio mantuvo los criterios, argumentos y tesis que la Superintendencia de Sociedades había impuesto sobre los patrimonios autónomos en el negocio fiduciario desde sus decisiones para el caso de Acerías Paz del Río S. A., como se describió a lo largo del capítulo cuarto, mejorando algunos de los contenidos dispuestos en la Ley 550 de 1999, que en un periodo de recesión y crisis había dado respuestas para el manejo en el concurso frente a la fiducia de garantía, dejando de lado que las respuestas ofrecidas por el legislador también podían afectar otras modalidades del negocio fiduciario. De esta manera, la Ley 1116 de 2006, además de reconocer el carácter de acreedores con garantía real a los beneficiarios de la garantía fiduciaria, introduce una serie de excepciones para aquellos casos en que los negocios fiduciarios y los patrimonios autónomos fueran herramienta para la estructuración de procesos de emisión en el mercado de valores o fueran instrumento para su estructuración como garantía de la emisión, casos en los cuales se eliminan las autorizaciones exigidas y las prohibiciones para las sociedades fiduciarias, con lo cual se reconoce implícitamente, que la tesis de la Superintendencia de Sociedades de los años anteriores no debía extenderse a otras formas de negocio fiduciario y que, para el caso de la garantía fiduciaria, la prohibición resultaba un problema cuando el patrimonio autónomo era parte de la estructuración de la emisión de valores.

Este caso evidencia similitudes con el reconocimiento de la fiducia pública en el país, en la medida en que se generaliza una postura que cercena los efectos del patrimonio autónomo fiduciario para luego establecer condicionamientos y excepciones a su aplicación en razón de la importancia y naturaleza de los negocios. Como se expresó en el acápite correspondiente, a medida que el avance legislativo, en términos de nuevas formas de procedimientos y soluciones aparece, se van incorporando regímenes exceptivos, hasta llegar, en el caso de las fiducias de garantía, a situaciones de una profunda contradicción con las tesis que en los primeros años de discusión se debatieron, hasta casi perderse de vista dentro del mapa de decisiones. Además, la Ley 1116 de 2006 en materia de liquidación abrió una compuerta frente a las tesis iniciales al permitir que el juez del concurso considere la posibilidad de excluir de la masa de la liquidación bienes que se encuentren integrando un patrimonio autónomo afecto a una garantía fiduciaria

siempre y cuando no afecte el pago de los derechos pensionales que se encuentran enlistados dentro de la liquidación.

Esta compuerta se vio ampliada, aun sin discusión académica nacional, con la entrada en vigencia del régimen de garantías mobiliarias (Ley 1676 de 2013), régimen que introdujo modificaciones profundas y sensibles al régimen de insolvencia que muestran un claro retroceso en la política jurídica sobre el manejo de los patrimonios fiduciarios en el país. La incorporación del régimen de garantías mobiliarias tiene como propósito mejorar el acceso al crédito de las empresas nacionales, creando un sistema de registro unificado de las garantías mobiliarias, así como un esquema de contratación, publicidad, prelaciones y ejecución especial en favor de los acreedores.

Este loable objetivo, sin embargo, deja en tela de juicio y debate, el tema fiduciario de garantía frente al régimen de insolvencia, aun cuando su acción comprende más garantías que la fiduciaria: el sistema de garantía mobiliarias, al modificar las reglas sobre insolvencia, permite excluir, desde la relación de inventarios presentada con la solicitud, bienes del deudor que se encuentren afectados como garantía de pago a acreedores, que no sean necesarios para la actividad de la empresa, con el fin de excluirlos del concurso para que sean realizados y satisfagan el pago a los acreedores beneficiarios de la garantía, en forma directa o a través de los procedimientos previstos por la unificación del régimen de garantías mobiliarias, teniendo tan sólo como exigencia la inscripción en el registros de garantías mobiliarias o aquel que corresponda según la naturaleza de los bienes o el tipo de contrato de que se trate.

El sistema, sin embargo, va más allá, pues permite seguir el procedimiento previsto en el contrato para el caso de la fiducia de garantía, lo cual implica la libertad de acción de la sociedad fiduciaria sobre la materia, sin requerir autorizaciones del juez del concurso. Además, el régimen, permite la sustitución de bienes otorgados en garantía por otros de igual condición, características o valor, en caso de riesgo de deterioro, pérdida de valor o depreciación, incluyendo la realización de reservas o pagos periódicos que equilibren la pérdida de valor de los mismos.

Estas medidas, favorecen a los acreedores, amplían el marco de acción del régimen de garantías mobiliarias, pero dejan en entredicho el interés por el salvamento de la empresa en riesgo, el interés de los acreedores por participar de las medidas de reorganización y salvamento y la protección del crédito, menguando la aplicación de los principios de igualdad de los acreedores y universalidad propios

del concurso, que en los años anteriores a la vigencia de la Ley 1116 de 2006 y del régimen de garantías mobiliarias (Ley 1676 de 2013) habían sido rígidamente impuestos para el caso de los negocios fiduciarios de garantía. Como se puede observar, estas disposiciones dejan el debate abierto en el ámbito nacional, porque después del rigor de la discusión sobre el sometimiento de la actividad fiduciaria de garantía en el ámbito de la empresa en crisis durante los años 90, se evidencia un retorno similar al previsto en las concepciones legales del régimen de concursos del Código de Comercio colombiano de 1971, que permitía que los acreedores con garantías reales pudieran optar por no participar de la suerte del concurso, con la variación dirigida a la lista de bienes que sirven como garantía y que no sean necesarios para la actividad empresarial, ampliando el espectro a otras formas de garantía, más allá de la fiduciaria, lo cual, desde el ámbito de los principios y reglas del concurso cuestiona la aplicación de principios como la universalidad y la igualdad de trato a los acreedores y la protección adecuada del crédito.

De todo el informe se desprende que la concepción de la dogmática contenida en los distintos trabajos escritos sobre el patrimonio autónomo en materia de fiducia mercantil, no ha variado en los últimos años en razón a que ha prevalecido una tradición en las fuentes y métodos consultados, aun cuando a su vez se observa que, en la revisión hecha de los diferentes casos, se muestra que hay respuestas dispares, que no son coherentes con la doctrina tradicional. Las respuestas a los casos no paradigmáticos, como ha sucedido en materia concursal y en la contratación pública, han sido más interdisciplinarias saltando las fronteras de las ramas del derecho privado y público tradicionales, buscando romper con la estricta y conservadora tradición privatista para dar soluciones desde perspectivas más amplias.

Hay una diferencia en la conceptualización del concepto de patrimonio autónomo fiduciario, que se ha enseñado desde esa doctrina del derecho privado (dogmática tradicional), pero cuya construcción conceptual ha sido insuficiente frente a los casos concretos, lo que ha llevado a que en la práctica se incorporen otras concepciones que flexibilizan sus contenidos en función de intereses no sólo del derecho privado, sino de otras áreas del derecho.

La dogmática tradicional, que ha sido una construcción hecha desde las fuentes legales del derecho privado ha propuesto una concepción sobre patrimonio general e incompleta que aparece y presume como aplicable a todos los casos, en consecuencia se considera que la fiducia y el patrimonio autónomo están disciplinados y reglados por completo permitiendo una interpretación coherente

para todos los casos, siguiendo la idea de que la ley es la fuente básica y que la mera interpretación exegética de la ley basta.

Pero esa concepción ha terminado en incoherencias e insuficiencias en la resolución de casos difíciles o no paradigmáticos, como los estudiados, pues como se mostró, no resulta suficiente esa contextualización general que se lee desde la exégesis. Lo que se observa es que los casos concretos que se han resuelto en la práctica se fundamentan o cimientan desde la perspectiva de otros institutos jurídicos y áreas del derecho por encima del derecho privado, de la fiducia y del patrimonio autónomo, mostrando la necesidad de un abordaje interdisciplinario.

El análisis y valoración de los casos permiten sustentar la hipótesis, en la cual, pese a que se hable de la constitucionalización del derecho privado y de la interdisciplinariedad del derecho, la dogmática tradicional sigue siendo el recurso explicativo en la doctrina privatista y en la enseñanza del derecho, por excelencia, lo que se deduce de los textos disponibles con los que se estudia el instituto, aun cuando en la práctica en la solución de los casos difíciles o no paradigmáticos, se rompe con la exégesis y se acude más bien a las técnicas sistemáticas y a soluciones integrales e interdisciplinarias. La exégesis no es suficiente, se requiere de otras técnicas y otros referentes normativos. La teoría del derecho privado tradicional aun esta en mora de incorporar los ajustes que, por vía de la práctica, en la resolución de este tipo de casos, se han hecho.

En esa medida vale la pena recomendar un esfuerzo por la transformación de la enseñanza del derecho privado y las fuentes doctrinarias disponibles, de lo contrario se seguirán identificando incoherencias en la definición de lo que es dicho instituto.

La comprobación de la hipótesis sugiere nuevas preguntas para futuras investigaciones acerca de cómo debería enseñarse el derecho privado para mejorar la comprensión y aplicación de sus institutos jurídicos en la práctica, de cara a las necesidades actuales del derecho. Pese a que se habla de enseñanza por competencias, los privatistas no han construido una didáctica de la enseñanza y una doctrina que satisfaga esas necesidades.

Del análisis de las respuestas construidas en los casos estudiados se infiere que la concepción que orienta la solución de algunos casos es la jurisprudencia de intereses, algunos autores, como ya se mostró, incluso han señalado que se trata de decisiones políticas, pero dichas respuestas también son insuficientes,

pues generan inseguridad, lo que se manifiesta en el hecho de que las respuestas construidas desde allí no son estables y luego fácilmente son abandonadas.

Ejemplo de lo anterior es lo analizado para el caso de los procedimientos concordatarios en donde la Superintendencia de Sociedades construyó una respuesta frente al tratamiento de los patrimonios autónomos, solución que luego de largos veinte años de aplicada, fue desconocida por el legislador actual. La diacrónica del caso muestra que la primera respuesta de la Superintendencia fue abandonada sin que se justificaran las razones del cambio. En esa medida se requiere de unos modelos intermedios de interpretación.

Junto a esta concepción de la dogmática, se muestra, además, que aún no hay trabajos que construyan la diacrónica del debate sobre los efectos de los patrimonios autónomos en materias tales como la extinción de dominio derivada de actividades criminales, como sucede en el caso del lavado de activos, ni estudios sobre sus efectos frente a la legislación sobre restitución de tierras, áreas en donde, se evidencia la necesidad de un enlace entre la conceptualización tradicional del derecho privado sobre el esquema de la fiducia y de los patrimonios autónomos, derivada de la forma tradicional de explicar los contratos y sus efectos patrimoniales a partir de la revisión de las fuentes legales: elementos esenciales, de estructura, formas constitutivas, obligaciones de las partes, formas de terminación y ejecución de las prestaciones debidas, para asociarlas con las tensiones propias de su aplicación y uso en los negocios y en la práctica jurídica nacional, que como se mostró, permite ampliar el marco de interpretación y conceptualización del mismo y evidencian cómo las discusiones sobre el tema no tienen un cierre, exigiendo la integración de diversas perspectivas con el fin de expandir la arquitectura de la interpretación y lograr una dogmática fina y sutil sobre los patrimonios autónomos derivados del contrato de fiducia.

Este trabajo de reconstrucción, ha sido producto de una ardua recopilación y análisis documental que aparece dispersa en el panorama nacional, trabajo que empezó a construirse desde finales de los años noventa a partir de la observación de las distintas tensiones que enfrentaron las interpretaciones tradicionales del contrato de fiducia y los patrimonios autónomos. Esta preocupación inició como una búsqueda por armonizar la interpretación que desde el derecho privado se ofrecía y que aparecía cada vez más difícil por la necesidad de integración y sistematización de los temas y por la multiplicidad de campos de aplicación y opiniones sobre el asunto. Como se explicó, la evidencia de contradicciones y la búsqueda de encontrar coherencia sobre los temas, condujo a un camino en donde

los rastros dejados por los debates evidenciaron, que más allá de la coherencia, lo que se encontraba era una profunda discusión que rebasaba los espacios tranquilos de la explicación normativa, en donde se requería contar con una perspectiva más amplia, que permitiera explicar los avances y retrocesos en la formación del conocimiento jurídico sobre los patrimonios autónomos en el negocio fiduciario mercantil.

Finalmente, resulta necesario afirmar que las mutaciones de los institutos jurídicos del derecho privado en esta materia y sus correlacionadas, son poco estudiadas. La investigación en el derecho privado aún no cuenta con los avances que se identifican en otras disciplinas sociales, constituyendo un campo abierto para la investigación con el objetivo de mejorar la dogmática por una estructura dogmática más fina, sutil y a la vez más poderosa que sirva de verdadera herramienta para el activismo judicial. Probablemente, como se infiere de este estudio, considerar al derecho privado como una parcela del derecho, perdiendo el sentido de unidad e integralidad del derecho en su aplicación, hace evidente el reclamo contemporáneo por la búsqueda de respuestas para las distintas tensiones que se ofrecen en el derecho cotidiano, que aparece globalizado, fragmentado, asimétrico, una dogmática fresca que requiere de interdisciplinariedad y de una visión integral de los derechos y su principalística.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agudelo, C., & Pérez, C. (2011). ¿Es la fiducia de garantía un mecanismo para garantizar obligaciones más eficiente que las cauciones tradicionales? *Revista de Derecho Privado*(45), 2-78.

Alfaro, R. (1920). *El fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al TRUST del derecho inglés*. Panamá: Imprenta Nacional.

Alfaro, R. (1944). El encargo fiduciario. *Revista jurídica*(3), 280-292.

Alfonzo, I. (1981). *Técnicas de investigación bibliográfica* Caracas: Contexto editorial.

Ángel, C. (1959). *Legislación Bancaria Colombiana*. Bogotá: Editorial Minerva Ltda.

Arévalo, I. (2012) *Bienes. Constitucionalización del Derecho Civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Asociación Bancaria de Colombia. (1988). *Régimen legal de la fiducia*. Bogotá: Asociación Bancaria de Colombia.

Asociación de Fiduciarias de Colombia. (S. F.) *Cartilla Fiduciaria*. Bogotá: Asofiduciarias. Disponible en: <http://www.asofiduciarias.org.co/index.php/56-labore-et-dolore-magna-aliqua-enim-ad-minim-veniam> (última consulta: octubre 28 de 2016).

Azula, J. (2000). *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso* (Séptima ed.). Bogotá: Temis.

Benavides, J. (2004). *El contrato estatal, entre el Derecho Público y el Derecho Privado* (Segunda ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernasconi, A. (2007). El carácter científico de la dogmática jurídica. *Revista de Derecho*. Vo. XX (1), 9-37

Betancur, J. (1995). *Nuevo estatuto general de la contratación administrativa -Decretos reglamentarios-*. Medellín : DIKE editores.

Bernal Gutiérrez, R. (Coordinador) (1995) *Nuevos enfoques del Derecho Comercial. Congreso de Derecho Comercial*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.

Betti, E. (1969). *Teoría General de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Betti, E. (2000). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Granada: Editorial Comares, S. L.

Biondo, B. (1961). *Los Bienes*. Barcelona: BOSH.

Bohórquez, A. (1998). *De los negocios jurídicos en el Derecho Privado colombiano* (Vol. I). Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Bohórquez, A. (2005). *De los negocios jurídicos en el Derecho Privado Colombiano* (Vol. III). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Bohórquez, A. (2016). *Principio de completitud y creación judicial del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bonilla Maldonado, D. (Editor). (2009). *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.

Bonilla, F. (2014). El nuevo régimen legal de las Garantías Mobiliarias. *E-mercatoria. Sección de Actualidad Jurídica*, 1-29.

Botero, A. (2003). La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas. *Opinión Jurídica*, 2(4), 109-116.

Botero, A. (2016). Sobre el uso de la bibliografía en la investigación jurídica. *Pensamiento jurídico: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, Sede Bogotá*: en imprenta.

Bustamante, L. (1979). *El patrimonio. Dogmática jurídica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Cahn-Speyer, P. (1995) La fiducia mercantil y sus aspectos tributarios. Ponencia. En: *Memoria XIX Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario. ICDT. (49-131)

Calderón, J. (2011) La constitucionalización del Derecho Privado. Bogotá: Ediciones UNIANDES - Temis.

Canosa, U. (2014). Partes, terceros y apoderados. En H. Cruz (Ed.), *El proceso civil a partir del Código General del Proceso* (págs. 109-120). Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho; Ediciones Uniandes.

Cárdenas, J. (2014). *El contrato de fiducia y el patrimonio autónomo*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario; Asofiduciarias.

Cardona, L. (Ed.), (1991) *Fiducia Pública*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Cardona, P. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Parte General*. Bogotá: Leyer.

Casas, E. (1997). *La fiducia*. Bogotá: Temis.

Castrillón, G. (1991). La fiducia mercantil. En: Cardona, L. (Ed.), *Fiducia Pública* (págs. 15-31). Bogotá: Universidad de los Andes.

Castro, G., García, L., & Martínez, J. (2010). *La Contratación estatal: teoría general. Perspectiva comparada y regulación nacional*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Cediel, M. (1991). La fiducia mercantil y el Decreto 222 de 1983. En: Cardona, L. (Ed.), *Fiducia Pública* (págs. 59-74). Bogotá: Universidad de los Andes.

Centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá. (23 de marzo de 2006). *Laudo arbitral Drug Pharmaceutical S.A. - Drug S.A. vs. Alianza Fiduciaria S.A.* Árbitro: Enrique Cala Botero.

Claret, P. (1946). *De la fiducia y del "trust". Estudio de Derecho comparado*. Barcelona: Bosch.

Comisión Revisora del Código de Comercio. (1958). *Proyecto de Código de Comercio* (Vols. I-II). Bogotá: Imprenta Nacional.

Congreso de Colombia. (15 de agosto de 1887). [Ley 153 de 1887]. DO: 7.151; 7.152

Congreso de Colombia. (21 de noviembre de 1918). [Ley 51 de 1918].

Congreso de Colombia. (28 de diciembre de 1921). [Ley 61 de 1921]. DO: 18.046; 18.047.

Congreso de Colombia. (11 de julio de 1923). [Ley 25 de 1923].

Congreso de Colombia. (19 de julio de 1923). [Ley 45 de 1923]. DO: 19.120

Congreso de Colombia. (1923). *Exposición de motivos ley 45 de 1923*. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/ComunicadosyPublicaciones/80web/archivos/exposicionley451923.pdf>

Congreso de Colombia. (03 de abril de 1925). [Ley 34 de 1925].

Congreso de Colombia. (22 de enero de 1982). [Ley 19 de 1982]. DO: 35.937.

Congreso de Colombia. (18 de diciembre de 1990). [Ley 45 de 1990]. DO: 39.607.

Congreso de Colombia. (28 de diciembre de 1992). [Ley 30 de 1992]. DO: 40.700.

Congreso de Colombia. (05 de enero de 1993). [Ley 35 de 1993]. DO: 40.710.

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094.

Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993). [Ley 100 de 1993]. DO: 41.148.

Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993). [Ley 101 de 1993]. DO: 41.149.

Congreso de Colombia. (20 de diciembre de 1995). [Ley 222 de 1995]. DO: 42.156.

Congreso de Colombia. (20 de diciembre de 1995). [Ley 223 de 1995]. DO: 42.160.

Congreso de Colombia. (18 de julio 1997). [Ley 388 de 1997]. DO: 43.091.

Congreso de Colombia. (24 de diciembre de 1998). [Ley 487 de 1998]. DO: 43.460.

Congreso de Colombia. (28 de diciembre de 1999). [Ley 549 de 1999]. DO: 44.836

Congreso de Colombia. (30 de diciembre de 1999). [Ley 550 de 1999]. DO: 43.940.

Congreso de Colombia. (23 de agosto de 2001). [Ley 688 de 2001]. DO: 44.530.

Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 2004). [Ley 922 de 2004]. DO: 45.776.

Congreso de Colombia. (27 de diciembre de 2006). [Ley 1116 de 2006]. DO: 46.494.

Congreso de Colombia. (27 de diciembre de 2007). [Ley 1176 de 2007]. DO: 46.854.

Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 2010). [Ley 1429 de 2010]. DO: 47.937.

Congreso de Colombia. (24 de abril de 2012). [Ley 1523 de 2012]. DO: 48.411.

Congreso de Colombia. (17 de mayo de 2012). [Ley 1530 de 2012]. DO: 48.433.

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489

Congreso de Colombia. (26 de diciembre de 2012). [Ley 1607 de 2012]. DO: 48.655.

Congreso de Colombia. (20 de agosto de 2013). [Ley 1676 de 2013]. DO: 48.888.

Congreso de Colombia. (20 de enero de 2014). [Ley 1708 de 2014]. DO: 49.039.

Corte Constitucional de Colombia. (1 de marzo de 1995). Sentencia C-086. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional de Colombia. (27 de septiembre de 2000). Sentencia C-1319. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional de Colombia. (06 de junio de 2001). Sentencia C-586. [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional de Colombia. (08 de agosto de 2002). Sentencia C-615. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional de Colombia. (08 de febrero de 2005). Sentencia C-100. [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional de Colombia. (04 de octubre de 2006). Sentencia C-823. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional de Colombia. (24 de marzo de 2010). Sentencia C-228. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional de Colombia. (17 de agosto de 2010). Sentencia C-639. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. (09 de agosto de 2012). Sentencia C-620. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia. (10 de noviembre de 2016) Sentencia T-622. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. (13 de agosto de 2009). Expediente: 25000232700020040198701. [M.P. William Giraldo Giraldo]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (25 de septiembre de 2013). Expediente: 25000232600019971393001. [M.P. Mauricio Fajardo Gómez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (13 de diciembre de 2002). Sentencia 6462. [M.P. Ignacio Jaramillo Jaramillo]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (03 de agosto de 2005). Sentencia 0189-01. [M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (14 de febrero de 2006). Sentencia 1999-1000-01. [M.P. Ignacio Jaramillo Jaramillo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (01 de noviembre de 2013). Sentencia 1994-26630-01. [M.P. Arturo Solarte Rodríguez].

Centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá. (23 de marzo de 2006). *Laudo arbitral Drug Pharmaceutical S.A. - Drug S.A. vs. Alianza Fiduciaria S.A.* Árbitro: Enrique Cala Botero.

Comisión Revisora del Código de Comercio. (1958). *Proyecto de código de comercio de 1958* (Vol. I-II).

Díaz, E. (1993) *Contratos Bancarios*. Bogotá: Temis.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (02 de agosto de 2012).

[Concepto 48995]. *Impuesto sobre la Renta – Impuesto al Patrimonio*

Eder, P. (1954). El fideicomiso (trust) en el derecho angloamericano. En: R. Goldschmidt, & P. Eder, *Trust, fiducia y* (págs. 3-24). Buenos Aires: Ediciones Arayú.

Enneccerus, Ludwing; Kipp, Theodor; & Wolff, Martin. (1947). Derecho Civil, Parte General. Volumen primero. Décimo Tercera Revisión, Barcelona: Editorial Bosch.

Escobar, G. (1994). *Negocios civiles y comerciales* (Vols. I-II). Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Biblioteca Jurídica Dike.

Escobar, R. (2000). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis Editores S. A.

Figueredo Vivas, María Julia. (2011) *¿Patrimonios autónomos ficción o realidad? Atribución de personería a los patrimonios autónomos en materia sustancial y procesal Responsabilidad directa*. . (Tesis sin publicar de la Maestría en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fajardo, M. (1991). La fiducia pública. Principales argumentos en favor de la figura. Distinciones sobre su viabilidad jurídica. En L. Cardona (Ed.), *Fiducia Pública* (págs. 95-118). Bogotá: Universidad de los Andes.

Farfán, D., & Castro, A. (2013). El diagnóstico en un momento de crisis. *Criterio Libre*, 11(19), 205-223.

Flórez, A. (1997). La fiducia en la modalidad de garantía. *Universitas Jurídica*(92), 217-241.

Gaitán C, D. (2002) *El contrato de fiducia mercantil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere3/tesis01.pdf>

Garfield, S. (2012). *En el mapa. De cómo el mundo adquirió su aspecto*. Madrid: Taurus.

Gaviria, M. (2012). Aproximaciones a la historia del derecho en Colombia. *Historia y Sociedad*, 131-156.

Ghersí, C. (Ed.). (2007). *Fideicomiso*. Bogotá: Nova Tesis Editorial Jurídica.

Giraldo, C. (2005). La fiducia en Colombia según la justicia arbitral. *Revista de Derecho Privado*(35), 81-113.

Giraldo, J., & Giraldo, O. (1999). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Gherzi, C. (Editor) (2007) *Fideicomiso*. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.

Goldenberg, J. (2010). Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par condicio creditoris. *Revista Chilena de Derecho*, Vol 37, No. 1, 73-98. *Revista Chilena de Derecho*, 73-98.

Goldschmidt, R. (1954). El fideicomiso (trust) en el derecho comparado (especialmente americano). En R. Goldschmidt, & P. Eder, *Trust, fiducia y* (págs. 3-24). Buenos Aires: Ediciones Arayú.

Gómez, I. (2014). *El control fiscal y la gestión de las entidades fiduciarias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

González, C. (2001). *El patrimonio autónomo en la contratación fiduciaria en Colombia (Tesis sin publicar de maestría)*. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga; Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey.

González, C. (2012). Nuevas dogmáticas en el derecho privado en torno al patrimonio autónomo fiduciario. Un. *Verba Iuris*(28), 171-182.

González, C. (2013). El problema de los páramos y la explotación aurífera. El caso del Páramo de Santurbán. *Temas Socio - Jurídicos*, 183-194.

Guardiola-Rivera, O. & Sandoval, C. (2003) Un caballero inglés en la Corte del Gran Khan. En torno a los estudios sobre globalización y derecho de William Twining. En Twining, W. (2003). *Derecho y Globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad - Instituto Pensar.

Habermas, J. (2008) *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta.

Hepburn, S. (2001). *Proyecto de Código de Comercio*. London: Routledge Cavendish Australia.

Hernández Sampieri, R. (2006). *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw-Hill.

Hinestrosa, F. (2002). *Tratado de las obligaciones: concepto, estructuras y vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hoyos Botero, C. (2000). *Un modelo para investigación documental: guía teórico-práctica sobre la construcción del estado del arte con importantes reflexiones sobre la investigación*. Medellín: Señal Editora.

Honfeld, W. (2009). *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara.

Isaza U., Alvaro. (1995). Prerrogativas y privilegios del crédito fiscal en los procesos concursales. En: Bernal Gutierrez, R. (Coordinador). (1995). *Nuevos enfoques del Derecho Comercial*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, Colegio de abogados de Medellín.

Isaza U., Álvaro. (1999). La fiducia de garantía y fuente de pago en el proceso concursal. En: Arrubla Paucar, J. (Coordinador). (1999) *Aplicación práctica del derecho mercantil*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, Colegio de Abogados de Medellín.

Isaza U., Álvaro. (2008). Algunas novedades del Régimen de Insolvencia Empresarial. Ley 1116 de 2006. *Foro del Jurista*. 145 - 157

Isaza, A., & Londoño, A. (2007). *Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial. Ley 1116 de 2006*. Bogotá: Legis.

Kalmanovitz, S. (2004). Recesión y recuperación de la economía colombiana. *Nueva Sociedad*, 98-116.

Kiper, C., & Lisoprawski, S. (2004). *Tratado del Fideicomiso*. Buenos Aires: Depalma.

Lepaulle, P. (1975). *Tratado teórico y práctico de los Trusts*. México: Editorial Porrúa S. A.

Llamas, E. (2009). *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

López, Medina, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad nacional de Colombia, Legis.

López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Universidad de los Andes; Legis Editores.

López, H. (1993). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo I. Parte General* (Sexta ed.). Bogotá: Editorial ABC.

Lopez, L. (1995). *Intervencionismo de Estado y economía en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Londoño, R., Álvaro. (2008). El nuevo proceso concursal colombiano. *Foro del Jurista*. 159 - 183

Losano, M. (1993). *Los grandes sistemas jurídicos*. Madrid: Debate.

Madriñan, E. (1986). *Principios de derecho comercial*. Bogotá: Temis.

Manrique, C. (1991). El patrimonio autónomo o especial o de afectación de la fiducia mercantil en el derecho colombiano. . En: Cardona, L. (Ed.), *Fiducia Pública* (págs. 35-56). Bogotá: Universidad de los Andes.

Manrique Nieto, E. (1998). *La fiducia de garantía*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Mazeaud, J. (1959). *Lecciones de Derecho Civil* (Vol. I). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Meisel, A., López, A. & Ruiz, F. (comp.) (1994). Kemmerer y el Banco de la República, Diarios y Documentos. Bogotá: Banco de la República.

Mejía, O. (2014). Elementos para una hermenéutica crítica: una introducción al problema del método en las ciencias sociales y el Derecho. *Pensamiento Jurídico*(39), 15-53.

Miller, J. (2005). Una tipología de los trasplantes legales: utilizando la sociología, la historia del Derecho y ejemplos argentinos para explicar el proceso de trasplante. *Revista Lecciones y ensayos*(81), 17-70.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (07 de mayo de 1993). [Decreto 847 de 1993]. DO: 40.864.

Montes, S. (1991). La fiducia pública: Planteamiento del problema. Aspectos controversiales. En: Cardona, L. (Ed.), *Fiducia Pública* (págs. 77-94). Bogotá: Universidad de los Andes.

Montoya G., S. (1976): *Procedimiento y técnica de la investigación documental en la Universidad*. Medellín: Universidad de Medellín

North, D. (2006). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.

Ospina, F., & Ospina, A. (1983). *Universidad Externado de Colombia, Biblioteca Jurídica Dike*. Bogotá: Temis.

Paredes, A. (1999). Las acciones revocatorias del proceso concursal. *Revista de Derecho Privado*(23), 167-175.

Peña, E. (1995). *El derecho de los bienes*. Bogotá: Librería Jurídicas Wilches.

Petit, E. (1983). *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Editorial Albatros.

Presidencia de la República de Colombia. (07 de octubre de 1968). [Decreto 2370 de 1968]. DO: 32.616.

Presidencia de la República de Colombia. (26 de diciembre de 1968). [Decreto 3130 de 1968].

Presidencia de la República de Colombia. (27 de marzo de 1971). Código de Comercio. [Decreto 410 de 1971]. DO: 33.339.

Presidencia de la República de Colombia. (30 de septiembre de 1974). [Decreto legislativo 2053 de 1974]. DO: 34.203.

Presidencia de la República de Colombia. (31 de octubre de 1974). [Decreto legislativo 2348 de 1974]. DO: 34.203.

Presidencia de la República de Colombia. (27 de enero de 1976). [Decreto legislativo 150 de 1976]. DO: 34.570.

Presidencia de la República de Colombia. (02 de febrero de 1983). [Decreto 222 de 1983]. DO: 36.189.

Presidencia de la República de Colombia. (16 de febrero de 1989). [Decreto 350 de 1989]. DO: 38.707.

Presidencia de la República de Colombia. (21 de julio de 1993). [Decreto 1421 de 1993]. DO: 40.958.

Presidencia de la República de Colombia. (21 de julio de 1993). [Decreto 1421 de 1993]. DO: 40.958.

Presidencia de la República de Colombia. (26 de marzo de 2009). [Decreto 1038 de 2009]. DO: 47.304.

Presidencia de la República de Colombia. (10 de julio de 2010). [Decreto 2555 de 2010]. DO: 47.771.

Presidencia de la República de Colombia. (11 de agosto de 2011). [Decreto 2906 de 2011]. DO: 48.158.

Prieto, L. (2005). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.

Quintero, A., & Mutis, A. (1995). *Los contratos del Estado en la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Temis; Fundación Social.

Ramírez, G. (2015). Los derechos del acreedor garantizado y la reorganización del deudor en la ley de garantías mobiliarias. *Revista de Derecho Privado* (54), 3-37.

Ramírez, V. (2007). Argumentos dogmáticos y aplicación del Derecho. *Estudios de Derecho, LXIV* (143), 46-66.

Redacción EL TIEMPO, (5 de mayo 1995). Paz del Río a concordato. *El Tiempo*.

Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-327754>.

Reinach, A. (2010) *Los fundamentos a priori del derecho civil*. Granada: EditorialComares.

Rengifo G, M. (2003) Los derechos de propiedad en Colombia: una interpretación comprensiva. *Nuevos Estudios Sociojurídicos*. 12 (1), pp. 1-123.

Rengifo G, M. (2011). *Teoría general de la propiedad*. Bogotá: Temis.

Rengifo, E. (1998). *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rengifo, R. (2001). *La fiducia. Legislación nacional y derecho comparado*. Medellín: Fondo editorial Universidad Eafit.

Reyes, F. (1996). *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. Bogotá D.C: Cámara de Comercio de Bogotá.

Reyes, F. (1999). Los procesos concursales frente al contrato de fiducia en garantía. *Revista de Derecho Privado*(23), 3-37.

Reyes, F. (2004). *Derecho societario. Tomos I & II*. Bogotá: Temis S.A.

Rodríguez, S. (2002), *Contratos Bancarios. Su Significación en América Latina*. Bogota: Ed. Legis. 5ª Edición.

- Rodríguez, S. (2005) *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. Ed. Bogota: Ed. Legis. 1ª Edición. 2005.
- Rodríguez C., I. (2005): *Técnicas de investigación documental*. México: Trillas.
- Rodríguez, G. (1985). *Contratos administrativos y de derecho privado de la administración*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Rodríguez, J. (2004). Los principios rectores de la ley 550 de 1999. *E-mercatoria*, III(2), 1-56.
- Rodríguez, J. (2005). El acuerdo de reestructuración como modalidad de concurso y la revocación de los actos del deudor. *Revista de Derecho Privado*(34), 1-34.
- Rodríguez, J. (2007). Aproximación al derecho concursal colombiano. *E - mercatoria*, 6(2), 1-30.
- Rodríguez, J. (2008). El Derecho Concursal colombiano a la luz de la Constitución. *E-mercatoria*, 7(2), 1-53.
- Rodríguez, J. (2014). Algunas observaciones sobre las garantías mobiliarias en el derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos. *E - Mercatoria*, 13(2), 1-23.
- Rodríguez, J., & Sotomonte, D. (2006). Presupuestos del Concurso. *E - Mercatoria*, 5(2), 1-36.
- Rodríguez, J. (2008). *Nuevo Régimen de Insolvencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Saade Cotes, J. (2009). Aspectos de tributación en la fiducia mercantil. *Revista de Derecho Privado*(42), 4-41.
- Salcedo Younes, R. (2014). Tratamiento tributario de la inversión extranjera de portafolio y de los contratos de fiducia mercantil bajo la Ley 1607 de 2012. *Revista de Derecho Privado (en línea)* (51) . pp. 1-23
- Sánchez Upegui, A. (2009). Los resúmenes para artículos de investigación, *Revista Virtual Universidad Católica del Norte* (en línea), 26: pp. 1-9
- Santos, M. (2000). *La naturaleza del espacio. Técnica tiempo. Razón y emoción*. Barcelona: Editorial Ariel S. A.

Santos, M. (2004). *Por otra globalización. Del pensamiento único a la conciencia universal*. Bogotá: Convenio Andrés Bello.

Scognamiglio, R. (1983) *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Senado de la República de Colombia. (2012). [Proyecto de Ley 200]. *Exposición de motivos de la ley 1676 de 2013*.

Senado de la República de Colombia. (2006). [Proyecto de Ley 207]. *Exposición de motivos de la Ley 1116 de 2006*.

Serres, M. (1995). *Atlas*. Madrid: CATEDRA.

Silva-Colmenares, J. (2003). Colombia: crisis del crecimiento económico. Expresión en el comportamiento de la oferta final 1990-2002. *Economía y Desarrollo*, 2(2), 37-61.

Sotomonte, D. (2009). El patrimonio autónomo como deudor concursal. *E - Mercatoria*, 1-22.

Superintendencia Bancaria de Colombia. (1978) *Doctrinas y conceptos. Tomo IV*. Bogotá: Talleres gráficos del Banco Popular.

Superintendencia Bancaria de Colombia. (19 de enero de 1996). [Circular externa No. 007 de 1996]. *Circular básica jurídica*. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile31297&downloadname=cj007.zip>

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (18 de diciembre de 1995). [Auto 410- 6017]. *Procedimiento concordatario de la empresa ACERÍAS PAZ DEL RÍO, en relación con los recursos de reposición interpuestos por SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A., el BANCO DE BOGOTÁ, THE CHASE MANHATTAN BANK, NATIONAL ASOCIATION y CHEMICAL BANK*.

Superintendencia de Sociedades de Colombia (25 de septiembre de 1998). [Auto 410 - 7513]. *Procedimiento concordatario de la empresa INDUSTRIA ITALO COLOMBIANA DE CONDUCTORES ELÉCTRICOS ITALCEL LTDA, En el que se declara ineficaz el pago de garantías fiduciarias realizado por FIDUCIARIA DEL PACÍFICO S.A.*

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (25 de septiembre de 1998). [Auto 410- 7500]. *Procedimiento concordatario de la sociedad AUTOS COSACO LTDA. En el que se declara ineficaz el pago de garantías fiduciarias realizado por FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEX*

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (25 de septiembre de 1998). [Auto 410 -7508]. *Procedimiento concordatario de la Sociedad CERÁMICAS CONTINENTAL S.A. En el que se niega la autorización para la enajenación de una garantía fiduciaria por parte de FIDUCIARIA COLPATRIA S.A*

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (21 de septiembre de 2000). [Concepto 220-62035]. *Restablecimiento de la exigibilidad de garantías y gravámenes preexistentes a la vigencia de la Ley 550 de 1999*. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/3097.pdf>

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (28 de febrero de 2001). [Concepto 220-6012]. *Prelación de créditos en los acuerdos de reestructuración Oficio*. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/3204.pdf>

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (31 de enero de 2003). [Concepto 220-5822]. *Diferencias entre Ley 222 de 1995 y Ley 550 de 1999*. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/9167.pdf>

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (03 de febrero de 2004). [Oficio 155-003423]. *Situación de los fideicomisos en administración y en garantía con ocasión de la admisión a la negociación de acuerdo de reestructuración*. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/ley-550-de-1999/conceptos-ley-550-de-1999/Conceptos%20Ley%20550%20de%201999/16391.pdf>

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (15 de julio de 2009). [Ponencia Banco Mundial]. *Reestructuración empresarial e insolvencia en Colombia*. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/web/documentos/PONENCIA%20PARA%20EL%20SUPERINTENDENTE%20EN%20WASHINGTON.pdf>

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (02 de octubre de 2011). [Oficio 220-113866]. *Algunos aspectos relacionados con los patrimonios autónomos frente a la ley 1116 de 2006*. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/31825.pdf>

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (19 de diciembre de 2011). [Oficio 220-171377]. *Algunos aspectos relacionados con los patrimonios autónomos*

frente al decreto 1038 de 2009. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/32027.pdf>

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (30 de julio de 2012). [Oficio 220-059021]. *Conceptos sobre patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales*. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/32547.pdf>

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2013). *Factores de éxito o fracaso en la aplicación de la ley 550 de 1999. Estudio*. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/asuntos-economicos-y-contables/estudios-y-supervision-por-riesgos/estudios-economicos-y-financieros/Documents/Otros%20Documentos%20de%20Inter%3%A9s/Ley%20550%20de%201999%20análisis%20y%20resultados%2010Sept2013.pdf>

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (19 de febrero de 2016). *Acta de Resolución de objeciones y aprobación de la calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto. Proceso de Reorganización empresarial de Daniel Fernando Arenas León*. Expediente 77513

Superintendencia Financiera de Colombia. (Septiembre de 1973). [Concepto OJ-479].

Superintendencia Financiera de Colombia. (26 de julio de 2006). [Concepto 2006023810-001]. *Negocio fiduciario – fiducia inmobiliaria – patrimonio autónomo*. Disponible en: <http://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2006/2006023810.pdf>

Superintendencia Financiera de Colombia. (30 de mayo de 2007). [Concepto 2007010582-002]. *Patrimonio Autónomo, participación en capital de sociedad*. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2007/2007010582.pdf>

Superintendencia Financiera de Colombia. (31 de diciembre de 2008). [Concepto 2008072571-003]. *Fiducia, Clases De Contratos, Clasificación Negocios Fiduciarios*. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2008/2008072571.pdf>.

Superintendencia Financiera de Colombia. (21 de enero de 2010). [Concepto 2009096356-001]. *Fiducia, dominio bienes fideicomitidos, normativa*.

Disponible en: <http://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2010/2009096356.doc>

Superintendencia Financiera de Colombia. (29 de junio de 2012). [Concepto 2012034791-001]. *Acciones- Patrimonio Autónomo- Fiducia Mercantil*. Disponible en: <http://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2012/2012034791.doc>

Tamayo, J. (1990). *Culpa Contractual*. Bogotá: Temis.

Tantalean, R. (2015) Tipología De Las Investigaciones Jurídicas. *Derecho y cambio social*. 43 (XIII), 1-37. Disponible en:

https://www.derechoycambiosocial.com/revista043/INDICE_ES.htm

Tarello, G. (1995). *Cultura Jurídica y política del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

Tenera, F. & Mantilla, F. (2006). El concepto de derechos reales. *Revista de Derecho Privado* (36), 117-139.

Torres, A. (2011). La crisis colombiana de finales del siglo XX: ¿Un choque real o financiero? *Perfil de Coyuntura Económica*(18), 79-96.

Twining, W. (2003). *Derecho y Globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad - Instituto Pensar.

Uprimny, Rodrigo. Entre deductivismo y activismo: hacía un intento de recapitulación de los grandes modelos teóricos de la interpretación jurídica. Actualización del artículo “Estado social de derecho y respuesta judicial correcta” en: Botero, D. (Ed). (1997) *Hermenéutica jurídica*, Bogotá: Universidad del Rosario.

Urquizu, C., (Director). Rivas, E. (Coord.). (2010) *El fideicomiso en América Latina. Integración jurídico – financiera*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, A. (2007). *Derecho civil: tomo I. Parte general y personas*. Bogotá: Temis.

Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, A. (2008). *Derecho civil: tomo II. Derechos reales*. Bogotá: Temis.

Varón, J., & Abella, G. (2014). *Derechos fiduciarios y mercado de valores. Reflexiones frente a la normativa colombiana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho; Ediciones Uniandes; Asociación de Fiduciarias.

Vidal Lopez, R. & Sánchez Mejía, A. (Editores académicos) (2010). *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Filosofía e historia del Derecho. Tomo VII.* Bogotá: Universidad Javeriana, Editorial Temis S. A.

Viera , R. (1974). *Los derechos reales según el derecho romano y el Código Civil Colombiano.* Manizales: Ediciones de la Universidad de Caldas.

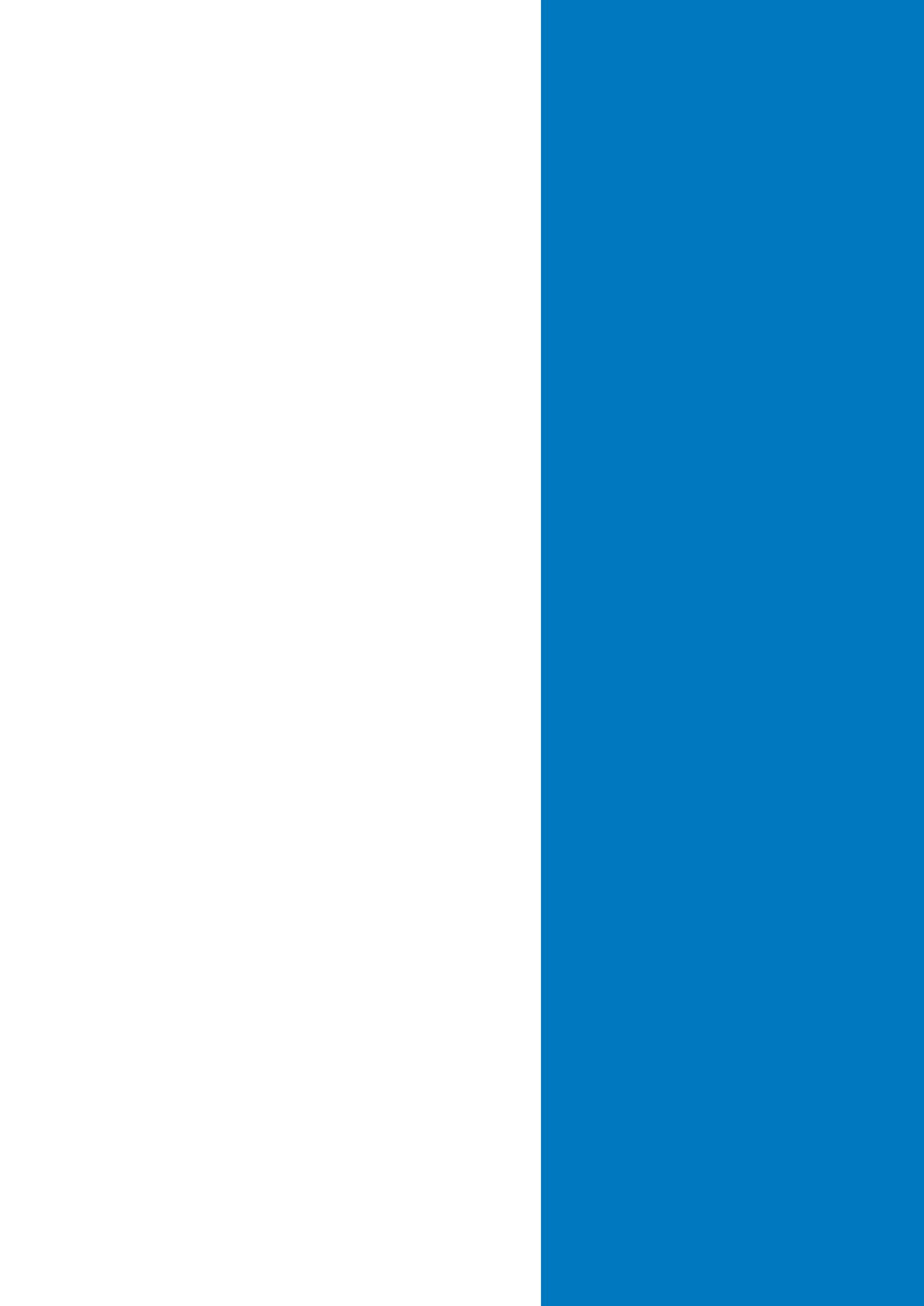
Villegas, C. (2009). Historia y Derecho: La interdisciplinariedad del derecho y los retos de la Historia del Derecho. *Revista de Derecho Público*(22), 3-22.

Vinogradoff, P. (1967) *Introducción al Derecho.* México: Fondo de Cultura Económica.

FIDUCIA Y PATRIMONIOS
AUTÓNOMOS EN COLOMBIA.
Un análisis desde la dogmática jurídica.

Se terminó de imprimir en noviembre de 2019.
Para su elaboración se utilizó papel bond beige de 90
gramos en páginas interiores y papel propalcote de 280
gramos para la carátula.

Las fuentes tipográficas empleadas son Chaparral Pro
(Light) 12 puntos en texto corrido y Chaparral Pro
(Bold) 20 y 14 puntos en títulos.





Carlos Andrés González León

Doctor en Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Bogotá. Maestro en Administración del convenio del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey - Universidad Autónoma de Bucaramanga. Especialista en Derecho Comercial del convenio Universidad Externado de Colombia - Universidad Autónoma de Bucaramanga; Especialista en Ciencia Política y en Derecho procesal Civil de la UNAB; Abogado, egresado de la Pontificia Universidad Javeriana, Profesor Titular de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Miembro del grupo de investigación en Teoría del Derecho y Formación Jurídica de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Árbitro y amigable componedor del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bucaramanga. Ha sido Conjuez de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bucaramanga y conciliador en Derecho. Es Miembro de la Academia de Historia de Santander y escritor. Correo electrónico: cgonzale@unab.edu.co



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

