

La fiducia mercantil como instrumento de seguridad y confianza

Sara Villegas Muñoz

Cristina Arrubla Devis

Universidad Pontificia Bolivariana

Nota de las autoras

Las autoras son estudiantes de décimo semestre de la Universidad Pontificia Bolivariana.

El presente trabajo se confecciona en el marco de la práctica corporativa y como requisito para acceder al grado de abogadas realizado bajo la dirección del docente Doctor en Derecho Néstor Raúl Londoño S.

Más información sobre este trabajo puede solicitarlo a: sara.villegas@upb.edu.co y cristina.arrubla@upb.edu.co

Resumen

El contrato de fiducia mercantil fue tipificado en el Código de Comercio de 1971. Desde la fecha, se ha convertido en una de las herramientas más importantes para la ejecución de operaciones empresariales, fundamentalmente por la confianza que inspira a quienes concurren a su utilización. Dicha confianza surge principalmente, por el carácter profesional de la entidad fiduciaria encargada de ejecutar los compromisos adquiridos en el pacto fiduciario y del surgimiento de un patrimonio autónomo que protege los bienes fideicomitidos, pues los excluye de la prenda general de los acreedores del fideicomitente y de la fiduciaria. Los elementos esenciales del contrato fueron concebidos con la finalidad de proveer seguridad a las partes en sus proyectos e inversiones, pero lo cierto es que aún existen múltiples imprecisiones que se desprenden de la regulación legal de la figura respecto de las cuales la jurisprudencia no ha brindado suficiente claridad. Todavía son muchos los problemas que en la práctica desalientan la utilización de la fiducia, especialmente en lo que respecta a la capacidad jurídica y procesal del patrimonio autónomo.

Palabras claves: fiducia mercantil, confianza, patrimonio autónomo, capacidad jurídica, legitimación en la causa.

Introducción

En la actualidad, la figura de la fiducia mercantil se ha convertido en un instrumento negocial de gran utilidad y aplicación en el desarrollo de actividades comerciales. La ejecución del encargo fiduciario por parte de una entidad especializada en la materia, junto con el surgimiento de un patrimonio autónomo, hacen de ella la herramienta ideal para la satisfacción de intereses en un complejo tráfico jurídico.

El contrato de fiducia mercantil se tipificó en el Código de Comercio de 1971 y con ello, aparecieron los problemas inherentes a la regulación legal de cualquier figura. Cuando se regía exclusivamente por la autonomía de la voluntad de las partes, eran pocos los inconvenientes que podían presentarse, aunque no se conseguía como efecto la formación del patrimonio autónomo. Sin embargo, la incorporación del negocio fiduciario en la legislación colombiana dio lugar a la aparición de distintas y contradictorias interpretaciones de las normas consagradas, pasando así del campo de la libertad al de la incertidumbre (Arrubla Paucar, 2013, pág. 100).

Lo cierto es que el desarrollo legal y jurisprudencial del negocio fiduciario en Colombia, no ha brindado suficiente claridad a las partes acerca de los distintos elementos que se derivan del mismo, en particular en lo relativo a la naturaleza jurídica del patrimonio autónomo y las consecuencias que de este se desprenden. Así las cosas, ha sido principalmente la doctrina nacional y extranjera quien se ha dispuesto a resolver los problemas que se presentan en la práctica. A pesar de todo, es posible observar que todavía se generan confusiones en relación con la capacidad que puede asistirle o no al patrimonio autónomo cuya titularidad ostenta la entidad fiduciaria.

Con el presente artículo, realizado en el marco de la práctica corporativa en la firma Arrubla Devis Asociados, se pretende hacer un breve estudio del contrato de fiducia mercantil en Colombia y del patrimonio autónomo como uno de sus efectos, con el fin de abordar las dificultades que

todavía se presentan en la práctica y de establecer si se trata verdaderamente de un instrumento que posibilite el desarrollo de operaciones mercantiles en un escenario de confianza, seguridad y profesionalidad, debido a que durante el desarrollo de la práctica encontramos la ocurrencia de estos fenómenos en algunos casos atendidos allí.

Para ello es necesario, en primer lugar, aludir a aquellas instituciones que sirvieron de antecedente para consolidar lo que hoy en día se conoce como fiducia mercantil, seguido del estudio de este contrato en el ordenamiento jurídico colombiano y de los elementos que lo componen. Posteriormente, se hará un análisis del patrimonio autónomo como elemento de especial importancia y las dificultades prácticas que se presentan en su la aplicación.

Antecedentes de la fiducia mercantil

En cuanto a los antecedentes de la fiducia mercantil, la doctrina se encuentra dividida en quienes consideran que sus orígenes se remontan al derecho romano-germánico y quienes afirman que la misma proviene de una evolución del *trust* anglosajón. Esta última institución, tan popular en el sistema del Common Law, influyó fuertemente la regulación que en Latinoamérica se le ha dado a la figura de la fiducia. No obstante, por ser el sistema jurídico colombiano un ordenamiento de fuerte tradición romano-germánica, fueron sus instituciones, y no las inglesas, las que en mayor medida permearon la estructura y funcionamiento del negocio fiduciario.

La palabra fideicomiso proviene del latín *fides* que significa fe o confianza. Así, la misma etimología del vocablo denota la trascendencia que desde sus orígenes ha tenido el concepto de buena fe en la configuración de la operación.

En el derecho romano existieron, fundamentalmente, dos tipos de negocios fiduciarios, conocidos como *fideicomissum* y *pactum fiduciae* (Carregal, 1982, pág. 19), los cuales sirvieron de antecedente al actual fideicomiso mercantil.

Fideicomissum

La figura del fideicomiso romano era propia del derecho sucesorio y surgió con el fin de evadir las diversas incapacidades que consagraba este derecho para heredar. Se trataba de un acto “*por el cual una persona (disponente) encarga a otra (fiduciario) la transmisión de toda su herencia, de una cuota parte de ella o de un bien determinado de la misma a una tercera persona (fideicomisario)*” (Caramés Ferro, 1953, pág. 670).

En un principio, el fideicomisario no contaba con una acción para exigir el cumplimiento del encargo, razón por la cual el negocio dependía exclusivamente de la *fides bona* (buena fe) del

fiduciario. Posteriormente, con la creación de la figura del *praetor fideicomissarius*, la ejecución de lo encargado por el disponente devino jurídicamente exigible.

El *fideicomissum* permitía “*alcanzar por vía oblicua objetivos vedados por la ley*” (Carregal, 1982, pág. 20), razón por la cual paulatinamente se fue desprestigiando, al punto que, con la Revolución Francesa, se proscribieron las sustituciones fideicomisarias. Posiblemente este desprestigio contribuyó a que el fideicomiso no fuera contemplado, ni en el Código Civil de Napoleón de 1804, ni en el proyecto de Bello que se convirtió en el Código Civil colombiano de 1887, y a que tan solo fuera tipificado en el Código de Comercio de 1971.

Pactum fiduciae

El pacto de fiducia fue un negocio jurídico en el que una persona, con el fin de garantizar una obligación o con el propósito de salvaguardar su propiedad, le transmitía a otra el dominio de una cosa, quien a su vez se comprometía a restituirla una vez cumplidos los objetivos del pacto (De Arespachoga, 2000, pág. 17).

Las dos modalidades de la fiducia se denominaron *fiducia cum creditore* y *fiducia cum amico*. En la primera, el deudor le entregaba a su acreedor un bien que garantizaba el cumplimiento de una obligación, quedando supeditado a la buena fe del acreedor para que, una vez comprobado el pago, le fuera restituido. Con la aparición de la *actio fiduciae*, el deudor pudo exigir coerciblemente la devolución del bien transmitido o en su defecto la indemnización de los perjuicios sufridos. Por su parte, la *fiducia cum amico* fue un negocio que consistió en la transmisión de la propiedad a un fiduciario, con el fin de que este la custodiara y administrara por un tiempo determinado y cumpliera con ella un propósito asignado.

Así las cosas, según Jordano Barea (1959), mientras la fiducia en garantía (*cum creditore*) se realizaba en interés del fiduciario (acreedor), el encargo de confianza (*cum amico*) se concluía

en interés del fiduciante. Con el tiempo, ambas figuras entraron en desuso como consecuencia del surgimiento de modalidades de garantía más favorables para el acreedor, como la prenda y la hipoteca, y otras instituciones de mayor utilidad.

Fiducia mercantil en Colombia

El contrato de fiducia mercantil, tal como se encuentra regulado en el Código de Comercio, no existe en la legislación civil. Empero, el Código Civil colombiano sí consagró otra figura, que no debe confundirse con la regulada en el estatuto comercial, y es la denominada propiedad fiduciaria, que es aquella sujeta al gravamen de pasar a otra persona una vez verificada una condición.

El artículo 1226 del Código de Comercio consagra la definición de la fiducia mercantil en los siguientes términos:

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 este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

En esta definición se asoma claramente la influencia que tuvo en la regulación de esta figura mercantil, la legislación italiana, en la que no se distingue entre título y modo. Por ello se dice que por el contrato de fiducia se transfiere, cuando lo lógico, de conformidad con la tradición del título y modo del sistema jurídico colombiano, sería que el fideicomitente se obligue a transferir.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 26 de agosto de 2014¹, concluyó que, a partir de la definición consagrada en el artículo 1226 del Código de Comercio, se desprenden las siguientes características: (i) la ejecución de los compromisos adquiridos con el contrato por parte de una entidad profesional; (ii) la transferencia de bienes a la fiduciaria que dan lugar al surgimiento de un patrimonio autónomo y (iii) un objetivo delimitado por la finalidad pretendida por el constituyente.

A partir de estas características básicas, puede observarse que tanto las sociedades comerciales como el contrato de fiducia “permiten afectar unos determinados bienes a una finalidad, limitando la responsabilidad de quienes participan en dichos mecanismos. Se trata de instrumentos que prevé el ordenamiento para el desarrollo de actividades en el derecho privado” (Cardenas Mejía, pág. 4). Sin embargo, se trata de figuras contractuales diferentes; en el contrato societario surge una persona jurídica, en tanto el patrimonio autónomo derivado del negocio fiduciario carece de dicha personalidad y su titularidad está en cabeza de la fiduciaria. Adicionalmente, se puede afirmar que el contrato de sociedad tiene un marcado ánimo de permanencia, en comparación con el fideicomiso mercantil, el cual necesariamente es transitorio.

Elementos de la fiducia mercantil

Como todo acto jurídico, el contrato de fiducia mercantil debe cumplir con los requisitos de existencia y validez previstos en nuestro ordenamiento para nacer a la vida jurídica y producir plenos efectos. Ahora bien, son de especial interés aquellos elementos esenciales que hacen que el contrato de fiducia sea precisamente fiducia y no una institución diferente.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Margarita Cabello Blanco. 26 de agosto de 2014. Exp. 11001310302620070022701.

Las partes que concurren a la celebración del contrato, el carácter profesional de la fiduciaria, la transferencia de los bienes fideicomitidos y el surgimiento de un patrimonio autónomo, son aquellos elementos intrínsecos al contrato que convierten a la fiducia en una herramienta legal única y de notoria importancia práctica.

Partes

La operación fiduciaria tiene una estructura tripartita que exige como mínimo la intervención del fideicomitente y la fiduciaria para nacer a la vida jurídica. El beneficiario o fideicomisario no es indispensable para la configuración del contrato; es un elemento que puede surgir con posterioridad a su celebración y cuya posición puede estar ocupada por el mismo fideicomitente (Castrillón y Luna, 2003, pág. 340).

Ahora, si bien el fideicomitente puede ser al mismo tiempo beneficiario, no podrá serlo así la entidad fiduciaria por expresa disposición legal. El artículo 1244 del Código de Comercio, determina que será ineficaz toda estipulación en virtud de la cual se establezca que el fiduciario adquirirá por causa del negocio fiduciario el dominio de los bienes fideicomitidos.

En la fiducia en garantía, suele presentarse en la práctica comercial, que la fiduciaria y el banco beneficiario de los derechos fiduciarios de garantía pertenezcan al mismo grupo económico, toda vez que utilizan la fiduciaria del grupo. Esta situación constituye un claro conflicto de intereses a la luz de la norma advertida anteriormente.

Ahora bien, en esta estructura triangular, será fideicomitente aquel que transfiere uno o más bienes especificados a la sociedad fiduciaria con una determinada finalidad. Este sujeto tiene fundamentalmente dos obligaciones: (i) transferir los bienes fideicomitidos y (ii) pagar la remuneración de la fiduciaria. Por su parte, la entidad fiduciaria será necesariamente una persona

jurídica autorizada por el Estado cuya obligación fundamental consiste en la realización de todos los actos necesarios para cumplir los compromisos adquiridos en el pacto fiduciario.

En lo que respecta al beneficiario, según el artículo 1229 del Código de Comercio, su existencia no es necesaria para el acto de constitución, pero sí ha de ser posible en un futuro. Por lo tanto, el fideicomisario no es una auténtica parte contractual; por el contrario, por disposición legal expresa es un tercero, y no dejará de serlo aun cuando las partes (fideicomitente y fiduciario) así lo denominen, ni por la aceptación del beneficio que se pactó en su favor (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2009). Así las cosas, la Corte ha entendido que cuando el fideicomisario es persona distinta del fideicomitente, se estructura una estipulación en favor de otro, figura regulada en el artículo 1506 del Código Civil.

El profesor Enrique Gaviria Gutiérrez, en su obra *Lecciones de Derecho Comercial*, sostiene que el Código de Comercio colombiano incurre en un error al permitir que el fiduciante se reserve el derecho de revocación unilateral cuando el fideicomisario ha aceptado el encargo pactado a su favor, pues al hacerlo olvida lo prescrito en el Código Civil, según el cual la estipulación deja de ser revocable cuando el tercero la haya aceptado. No obstante, consideramos que la postura del profesor Gaviria Gutiérrez, aunque razonable, no tiene en cuenta que las normas consagradas en el Código de Comercio son normas especiales aplicables a la fiducia mercantil y por ello no se configura el error que este aduce.

Vale la pena traer a colación uno de los problemas que, recientemente, se viene presentando en relación con el beneficiario y es el que atañe a la cláusula compromisoria pactada en el contrato. Actualmente, se viene abriendo espacio el criterio según el cual el beneficiario no se encuentra cobijado por los efectos de esta, precisamente por ser un tercero y no poder establecer con certeza la fecha en la cual se vincula al contrato.

Carácter profesional de la fiduciaria

Únicamente podrán fungir como fiduciarias, aquellas sociedades anónimas cuyo funcionamiento esté expresamente autorizado por el Estado. Las sociedades fiduciarias pertenecen al sector financiero, deben contar con un capital mínimo para su constitución y están sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (Asociación de Fiduciarias de Colombia, pág. 9). Además, solo podrán realizar las actividades para las cuales han sido autorizadas, consagradas especialmente en el artículo 29 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico para el Sistema Financiero y demás normas que otorguen facultades particulares.

La rigurosidad con la que el legislador dispuso los requisitos exigibles a quien desea desenvolverse como entidad fiduciaria, se debe a que con ello busca proteger, en mayor medida, los derechos de fideicomitentes y fideicomisarios, “pues tales entidades son, desde luego, más confiables, seguras y expertas en este tipo de actividades y gestiones” (Gaviria Gutierrez, 1987, pág. 387). Entonces, es precisamente el carácter profesional que tiene la fiduciaria lo que brinda tranquilidad a las partes para la consecución de los fines que con el negocio se proponen. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al afirmar que:

Justamente, por la confianza en el profesionalismo altamente especializado del fiduciario, el fiduciante acude a sus servicios, le transfiere uno o varios de sus bienes y le confía una finalidad fiduciaria, para su provecho o el de un tercero, confiriéndole poder dispositivo de los bienes integrantes del patrimonio autónomo; esa misma confianza en la profesión, conocimientos, experiencia, probidad, seriedad y eficiencia, motiva a terceros para celebrar actos, negocios y contratos vinculados al negocio fiduciario y, en general, la confianza, preside toda la

formación, celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del negocio fiduciario (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2009).

Sin embargo, el régimen de responsabilidad contractual aplicable en Colombia a las entidades fiduciarias, en cierta medida desprotege los intereses de las partes y atenta contra la seguridad que debería brindar la operación, al exigirles, en el artículo 1243 del Código de Comercio, emplear tan solo una mediana diligencia en la gestión del negocio encomendado. La situación se agrava si se tiene en cuenta que hoy en día, “las fiduciarias son grandes empresas que se dedican profesionalmente a ello y derivan utilidades de su actividad comercial” (Arrubla Paucar, 2013, pág. 301).

Por consiguiente, es necesario apartarse de la concepción tripartita de la culpa e incursionar en una responsabilidad basada en el riesgo profesional, en la medida en que la fiduciaria, como profesional y experta que es en la materia, debe asumir un deber especial y profesional de diligencia que la obligue a emplear un máximo cuidado (Arrubla Paucar, 2013, pág. 147). En este caso, el deber de buena fe que se impone a las partes durante la ejecución del contrato, de conformidad con el artículo 871 del Código de Comercio, actuaría como elemento propulsor de la responsabilidad civil, a fin de exigir parámetros más estrictos en la actividad esperada de las fiduciarias (Arrubla Paucar, 2013, pág. 303).

El Doctor Arrubla Paucar en su libro *Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*, sostiene que, de no acoger una responsabilidad fundamentada en el riesgo profesional, se atentaría contra la confianza que el fiduciante y el beneficiario han depositado en el fiduciario, pues de aplicarse lo dispuesto en el precitado artículo, la fiduciaria, más que estar obligada a cumplir con el encargo, se estaría obligando más bien a emplear el grado de diligencia que la ley le exige.

Ahora, aunque cada vez cobra más fuerza en la doctrina la corriente según la cual las fiduciarias deben responder de acuerdo con su *lex artis* por el incumplimiento de obligaciones derivadas del encargo fiduciario, y no simplemente con base en una mediana diligencia, nuestra jurisprudencia nacional continúa aplicando lo dispuesto en el artículo 1243 del Código de Comercio. Empero, se ha reconocido que la sociedad fiduciaria adquiere tanto obligaciones de medio, frente a las cuales responde hasta por la culpa leve, como obligaciones de resultado, en las que se prescinde de la culpa para la configuración de la responsabilidad. Ejemplo de esta última es la obligación de mantener su propio patrimonio y el patrimonio autónomo completamente separados.

A pesar de todo, la Corte Suprema de Justicia (2009) advirtió que la fiduciaria puede comprometer su responsabilidad personal y directa cuando actúa negligentemente y se extralimita en sus funciones, caso en el cual su responsabilidad está íntimamente ligada con su carácter de profesional, la confianza que rige el acto fiduciario y la regulación normativa de su profesión. Puede percibirse, entonces, que en aquellos casos en los que el fiduciario esté llamado a responder personalmente por fuera del contrato de fiducia, la Corte ha sido más exigente al evaluar su conducta, en la medida en que tiene en cuenta los cánones rectores de su ocupación.

Transferencia de bienes

La transferencia del dominio de los bienes fideicomitidos en cabeza de la fiduciaria constituye la obligación principal del fideicomitente. Con todo, la propiedad que se le transfiere a la entidad fiduciaria no es plena, sino que se trata de una propiedad restringida que le permita cumplir con la finalidad prevista en el acto constitutivo.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado:

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, 2006).

De igual forma se pronunció en sentencia del 24 de febrero de 2014, en donde concluyó que la fiduciaria adquiere la calidad de titular y propietario formal de los bienes fideicomitidos, pero se trata de un dominio limitado puesto que su ejercicio está supeditado al encargo encomendado y no tiene la libertad para disponer de ellos a su arbitrio.

Podrán ser objeto del contrato de fiducia todos los bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporeales, que no sean intransferibles o de carácter personalísimo. Asimismo, la fiducia no podrá recaer sobre bienes futuros, comoquiera que el acto constitutivo de la misma es al tiempo transmisor de bienes y en consecuencia es contrario a los fines de la figura el transferir una cosa futura (Rengifo, 1984, pág. 292).

En relación con la naturaleza jurídica del patrimonio que surge como consecuencia de la transferencia de los bienes, han surgido distintas teorías doctrinarias. Para algunos, se trata de un patrimonio de afectación² sujeto a una finalidad determinada; otros consideran que es una

² Teoría planteada por Pierre Lapaulle.

propiedad modal en la que se asigna la propiedad a la fiduciaria, pero afectada a un modo determinado (Gaviria Gutierrez, 1987); por su parte, el profesor Rengifo considera que el patrimonio que se desprende de la fiducia constituye una universalidad de hecho, toda vez que existen autónomamente un conjunto de bienes que se ven afectados por unas relaciones jurídicas, pero que no reconocidos como persona jurídica. En definitiva, adherimos a la teoría propuesta por el Dr. Arrubla Paucar, según la cual la propiedad fiduciaria debe entenderse simplemente como lo que es, propiedad fiduciaria, y no como mandato, propiedad modal o patrimonio de afectación.

Surgimiento de un patrimonio autónomo

En la doctrina clásica, el patrimonio ha sido entendido como un atributo de la personalidad del cual se predicaba, como una de sus características principales, la unicidad. Según esta, toda persona natural o moral, como sujetos de derechos que son, pueden ser titulares de una única universalidad jurídica compuesta por elementos activos y pasivos. Ahora, la realidad jurídica del siglo XXI ha generado necesariamente el replanteamiento de esta concepción de patrimonio y ha conllevado a que la doctrina contemporánea sugiera la posibilidad de que una persona tenga más de uno, siempre que se encuentren delimitados de tal forma que no puedan confundirse. Esta nueva postura, ha propiciado el desarrollo de la figura del patrimonio autónomo.

Es precisamente el surgimiento de un patrimonio independiente que deba mantenerse separado de los bienes propios de los intervinientes del negocio fiduciario, el elemento que confiere mayor seguridad y confianza a la operación. Inclusive, puede decirse que, “efecto de la confianza, es la conformación de un patrimonio autónomo, separado e independiente al de las partes, afecto y destinado exclusivamente a la finalidad fiduciaria” (Bianca, 1996, pág. 89). De cualquier modo, no debe perderse de vista que, aun cuando se erija un patrimonio autónomo, la fiducia mercantil, como contrato que es, no se constituye, sino que se celebra.

El Código de Comercio colombiano en su artículo 1233 consagra la figura del patrimonio autónomo al prescribir que los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, formando un patrimonio separado cuya única finalidad es el cumplimiento del encargo encomendado.

Por lo anterior, el patrimonio que surge se encuentra sustraído de la prenda general de los acreedores de la fiduciaria y en principio, de los del fideicomitente, y únicamente está llamado a responder por las obligaciones contraídas en el desarrollo de la finalidad perseguida (Gaviria Gutierrez, 1987, pág. 388). Por su parte, los acreedores del beneficiario podrán perseguir, exclusivamente, los rendimientos que a este le correspondan.

Estas reglas, aplicables a los acreedores, se encuentran reguladas concretamente en los artículos 1227 y 1238 del Código de Comercio, los cuales estipulan claramente que los bienes fideicomitidos no podrán ser perseguidos por los acreedores de los sujetos que participan en esta operación mercantil. Sin embargo, en nuestro estatuto comercial se consagra una desafortunada excepción según la cual, los acreedores del fideicomitente, cuyas acreencias sean anteriores a la celebración del contrato, podrán perseguir los bienes constitutivos del patrimonio autónomo. De esta excepción nos ocuparemos más adelante.

Es de suprema importancia tener en cuenta que el patrimonio autónomo carece de personalidad jurídica y, en consecuencia, la “legitimación dispositiva, activa y pasiva, sustancial y procesal, para celebrar actos, negocios y contratos, adquirir derechos, contraer obligaciones, disponer de lo suyo, comprometer su responsabilidad y representarlo en juicio, [la] ostenta *ministerium legis* el fiduciario” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2009)³.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. William Namen Vargas. 1 de julio de 2009. Exp. 11001-3103-039-2000-00310-01

Lo cierto es que, a pesar de que no se trata de una persona jurídica, de conformidad con el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, el patrimonio autónomo es receptor de derechos y obligaciones que surgen por disposición legal o durante el desarrollo del encargo fiduciario, y por ello, es la sociedad fiduciaria la que tendrá que actuar como vocera en las actuaciones procesales de naturaleza administrativa o jurisdiccional que lo vinculen.

Ahora bien, el hecho de que el patrimonio autónomo no tenga la calidad de persona jurídica no quiere decir que se esté en frente de un patrimonio sin sujeto, pues es el ente fiduciario quien adquiere la titularidad de los bienes fideicomitidos (Rengifo García, 1998, pág. 92). La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el particular en el sentido de afirmar que, la carencia de personalidad jurídica “no significa a su vez que no está al frente de él [patrimonio autónomo] ninguna persona que intervenga y afronte justamente las relaciones jurídicas que demanda el cumplimiento de la finalidad prevista por el constituyente” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2005)⁴.

Así pues, la fiduciaria es quien vincula al patrimonio autónomo y contrae obligaciones con cargo a los bienes que lo integran, gozando para ello de “todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo, salvo aquellas que se hubiese reservado el fiduciante o que le fuesen prohibidas por mandato legal” (Rodríguez Azuero, pág. 846). Por esta razón, Arrubla Paucar (2013) afirma que la fiducia es esencialmente representativa, toda vez que la entidad fiduciaria debe obrar siempre en representación del patrimonio autónomo y así debe manifestarlo en las actuaciones que efectúe frente a terceros, so pena de responder con su propio peculio.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Silvio Fernando Trejos. 3 de agosto de 2005. Expediente 1909.

En rigor, no existe técnicamente representación en tanto la carencia de personería jurídica impide el surgimiento mismo del concepto, el cual supone la existencia de una persona natural o jurídica que deba ser representada (Morales M, 1973, pág. 204). Por esta razón, algunos doctrinantes, como el profesor Ernesto Rengifo, sugieren utilizar la expresión vocería en lugar de representación. De esta manera, la fiduciaria actúa como vocera del patrimonio autónomo en los distintos negocios que deban realizarse, pero con una legitimación sustancial restringida a la finalidad buscada (Rengifo García, 1998, pág. 97).

Lo anterior se desprende de las normas que regulan el contrato de fiducia mercantil y en particular, del artículo 1234 del Código de Comercio, el cual consagra los deberes indelegables del fiduciario, que entrañan, entre otras cosas:

(...) “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (n. 1), que comprende, entre otros posibles, la celebración de actos jurídicos que redunden sobre dicho patrimonio, y “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente” (n. 4); ambos indican que en el plano sustancial el fiduciario es quien debe obrar por el patrimonio autónomo cuando la dinámica que le es inherente lo exija, sin que lo haga propiamente en representación del mismo, reservado como ciertamente se halla ésta figura a las personas naturales o jurídicas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2005).

El patrimonio autónomo como sujeto procesal

Como se ha dicho ya, el patrimonio autónomo no es persona jurídica y, en consecuencia, parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional se ha inclinado por afirmar que no tiene capacidad

para ser parte. Esta es la postura que hasta el día de hoy acoge nuestra Corte Suprema de Justicia, la cual fue planteada por primera vez en sentencia del 3 de agosto de 2005⁵, en donde la Corporación manifestó lo siguiente:

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.

De cualquier modo, el hecho de que el patrimonio autónomo no ostente la calidad de persona jurídica, no quiere decir que no pueda demandar ni ser demandado en un proceso, en la medida en que sí es posible, pero siempre por conducto de la fiduciaria quien actúa en razón del cargo asumido y no en calidad de representante (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2005).

Por consiguiente, Arrubla Paucar (2013) afirma que “*la legitimación en causa para actuar en juicio tanto por activa como por pasiva, le corresponde a la sociedad fiduciaria que de acuerdo*

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Silvio Fernando Trejos. 3 de agosto de 2005. Expediente 1909.

con la ley es la titular del patrimonio autónomo y tiene, además, como profesional a su cargo, el deber de defender sus intereses”.

Conviene destacar que fue en vigencia del Código de Procedimiento Civil que las posturas hasta ahora descritas fueron planteadas. El Código General del Proceso, en el numeral 2° de su artículo 53, establece que los patrimonios autónomos tienen capacidad para ser parte. Así las cosas, el patrimonio autónomo sí es sujeto procesal y puede ser parte dentro del proceso, pero siempre a través de la entidad fiduciaria, quien es su vocera. Con todo, la Corte Suprema de Justicia no se ha vuelto a pronunciar al respecto, dejando abierta la discusión de a quién corresponde la legitimación en la causa.

Con la finalidad de aclarar este punto, es preciso referirnos a la noción de legitimación en la causa. Según el profesor Devis Echandía (2009) la *legitimatio ad causam* es una cuestión sustancial que no constituye presupuesto procesal y que alude al derecho que le asiste al demandante para pedir que se condene al demandado o se resuelvan sus pretensiones, esto es, se refiere a quiénes están autorizados para obtener una decisión de fondo. Esta legitimación no debe confundirse con la *legitimatio ad processum*, la cual consiste en la capacidad para comparecer por sí mismo a juicio, y sí es presupuesto procesal. En tratándose de patrimonios autónomos puede afirmarse que:

Así como la capacidad jurídica que en general tienen todas las personas, no implica su habilidad para usar de ella en forma personal y libre, así también la capacidad de esas personas para ser partes en un proceso no implica que siempre puedan intervenir de manera personal, directa e independiente. A los incapaces del derecho material, corresponden los incapaces del derecho procesal. La regla general es la misma: es capaz para comparecer al juicio o ejecutar actos

procesales válidamente toda persona que lo sea para la celebración de actos jurídicos en general (...) (Devis Echandía, 2009, pág. 556).

Puede concluirse entonces que, el patrimonio autónomo que surge como consecuencia de la celebración del contrato fiduciario carece de legitimación procesal, ya que necesariamente debe concurrir al proceso por intermedio de la sociedad fiduciaria. No obstante, con la entrada en vigor del Código General del Proceso, que le otorgó expresamente capacidad para ser parte, es posible sostener que este sí cuenta con legitimación en la causa, pues como lo vimos se trata de un fenómeno sustancial y no procesal que apunta a quién puede fungir como demandante y como demandado.

Dificultades que se presentan en la práctica la fiducia mercantil

Es posible percatarse de que la mayoría de los problemas que en la práctica se suscitan alrededor del contrato de fiducia mercantil giran en torno a su principal efecto, esto es, al patrimonio autónomo.

En relación con la capacidad para ser parte

Como se anticipó anteriormente, a pesar de lo dispuesto en el artículo 53 del Código General del Proceso, todavía existe incertidumbre acerca de la capacidad que le asiste o no al patrimonio autónomo para fungir como parte en un proceso. Entonces, ¿es o no sujeto procesal? ¿se puede demandar solo al patrimonio autónomo? ¿se puede demandar solo a la fiduciaria? ¿hay que demandarlos a ambos?

Lo cierto es que no existe una respuesta concreta a estas preguntas, pues la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia, en relación con el tema, data del año 2005, año para

el cual aún se encontraba en vigor el Código de Procedimiento Civil en el que no se consagró expresamente la capacidad para ser parte del patrimonio autónomo.

Por lo tanto, resulta válido alegar que la consecuencia lógica de la carencia de personalidad jurídica del patrimonio autónomo sea la ausencia de capacidad para ser parte. Según esta postura, el artículo 53 del Código General del Proceso debe interpretarse en el sentido de que, así como para toda actuación jurídica, quien ostenta la capacidad no es el patrimonio autónomo per se sino su titular.

Asimismo, es legítimo sostener que los “patrimonios autónomos sí tienen una especie de personalidad provisional y transitoria (...) para los solos efectos de su defensa juicio” (Devis Echandía, 2009, pág. 555). Esta posición se compadece con lo dispuesto en nuestra legislación procesal, según la cual, se podrá demandar a la fiduciaria o al patrimonio autónomo, pero si se demanda a este último, tendrá que comparecer por medio de la fiduciaria.

Los bienes fideicomitidos en relación con la prenda general de los acreedores

En uno de los acápites anteriores, se anunció cómo el Código de Comercio colombiano consagró una excepción a la regla general según la cual los bienes fideicomitidos se sustraen de la prenda general de los acreedores del fideicomitente. Se trata de aquellos acreedores cuyos créditos anteceden la constitución del patrimonio autónomo que surge con ocasión del contrato de fiducia. Así lo estipula el artículo 1238 de nuestro estatuto comercial.

Consideramos que esta excepción es desafortunada, pues echa al traste la finalidad que se persigue con el surgimiento de un patrimonio autónomo, esto es, la existencia de un conjunto de bienes que permanezcan completamente separados de los demás activos del fiduciante, y que como tal no puedan ser perseguidos por sus acreedores. En palabras del Doctor Jaime Arrubla Paucar (2013):

El artículo 1238 del Código de Comercio advierte en su primer enunciado sobre la independencia y la seguridad que ofrece el patrimonio autónomo; pero luego se contraría diciendo que los acreedores anteriores a la configuración del patrimonio autónomo podrán perseguir los bienes del deudor fiduciante; el legislador al consagrar esta excepción derrumba la concepción de patrimonio autónomo, dejándola sin fuerza (...) (Pag. 118).

No cabe duda de que esta disposición desnaturaliza la figura del patrimonio autónomo y atenta contra la confianza que se supone debe brindarles a las partes, pues unos bienes que en principio se encuentran a salvo de ser perseguidos por los acreedores del constituyente, dejan de estarlo cuando esos acreedores son anteriores a la celebración del contrato.

Empero, la Corte Suprema de Justicia en su renombrada sentencia del 3 de agosto de 2005 concluyó que el artículo 1238 del Código de Comercio no alcanza a desdibujar la figura del patrimonio autónomo, pues lo que busca es preservar los derechos que fueron constituidos en el pasado, respaldados en la confianza que los acreedores tenían en el patrimonio del deudor como prenda general de sus acreencias.

Por su parte, en 2010 la misma Corporación precisó que la excepción consagrada constituye una acción auxiliar al alcance de los acreedores cuya esencia es proteger su prenda general de cara al pacto de fiducia. Para ejercer esta acción, el acreedor tendrá que demostrar que con el contrato se le causó un perjuicio así no hubiere existido fraude, como lo exige la acción pauliana.

No debió el legislador consagrar una acción especial que de manera tan flagrante atente contra la naturaleza del patrimonio autónomo. Para proteger a los acreedores, nuestro sistema jurídico ya ofrece las acciones apropiadas. Es más, si con el convenio fiduciario no se tiene la

intención de defraudar a los acreedores, no vemos por qué habría de consagrarseles una acción que les permita perseguir los bienes fideicomitidos. Con ello, no se está haciendo otra cosa que presumir la mala fe del fiduciante en caso de tener acreencias anteriores a la celebración del contrato (Arrubla Paucar, 2013, pág. 118).

En relación con la capacidad jurídica

Podría pensarse que una cuestión tan estudiada como la falta de capacidad jurídica del patrimonio autónomo no debería generar ningún inconveniente en la práctica. Sin embargo, nos encontramos con que aun se generan confusiones en relación con la capacidad que a este le asiste.

Para ilustrar lo que acaba de decirse, aludiremos a un caso que no hace mucho discurrió por los estrados judiciales de nuestro país. El caso fue el siguiente: con ocasión de un negocio de mutuo, varias personas jurídicas suscribieron un pagaré en favor de otra sociedad, quien posteriormente procedió a endosarlo directamente en favor de un patrimonio autónomo. Acto seguido, la fiduciaria que actuaba como vocera de este, endosó el mismo pagaré a otra entidad fiduciaria. Esta última inició un proceso ejecutivo en contra de quienes suscribieron el título valor.

En primera instancia, el Juzgado del Circuito de Medellín a quien le correspondió tramitar el asunto, encontró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa debido a una interrupción en la cadena de endosos. Esta decisión fue apelada y en sentencia del 6 de octubre de 2016, el Tribunal Superior del Distrito, consideró que el endoso era regular y que en consecuencia no se encontraban probadas las excepciones propuestas.

La decisión del Tribunal es a todas luces equivocada, puesto que la cadena de endosos se interrumpió desde el mismo momento en que el beneficiario del pagaré endosó a un patrimonio autónomo, el cual como ya se dijo, carece de personería jurídica y como tal es inhábil para recibir

en endoso y endosar. Dicho endoso debió realizarse a la sociedad fiduciaria titular del patrimonio autónomo.

Y como si fuera poco, la fiduciaria titular del patrimonio autónomo endosario, endosó a su vez a otra sociedad, cuando era evidente su falta de legitimación para hacerlo. Lo anterior, en razón a que el endoso cumple una función legitimadora y a esta entidad nunca le fue endosado el título valor. De esta forma, el legítimo tenedor del pagaré no era otro que el primer beneficiario y por ende era este quien estaba legitimado para reclamar ejecutivamente.

No encontramos cómo el Tribunal justifica que la cadena de endosos fue regular. En primer lugar, porque se le endosó a un ente sin personería jurídica y en consecuencia sin capacidad; y en segundo lugar, porque quien posteriormente procedió a endosar nunca fue endosario. Concebir que un patrimonio autónomo puede fungir como endosario implica desvirtuar la naturaleza misma de la figura, ya que como se ha reiterado en múltiples ocasiones, este no tiene capacidad jurídica. Además, aceptar una situación semejante menoscaba la seguridad que otorga el hecho de que las operaciones sean realizadas directamente por una institución especializada y profesional, como lo es la fiduciaria.

El caso aquí expuesto fue objeto de un recurso extraordinario de revisión que se encuentra pendiente de ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia. Habremos de esperar la decisión que sobre el particular asuma el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria.

Conclusiones

En definitiva, luego de haber estudiado los elementos esenciales que integran el contrato de fiducia mercantil, puede concluirse que, desde sus orígenes, se trata de un instrumento de confianza con una importancia invaluable para el desarrollo de operaciones empresariales.

Las distintas modalidades que puede asumir el negocio fiduciario y la creación del patrimonio autónomo brindan un importante apoyo a las distintas actividades comerciales, al punto que, prácticamente todos los grandes proyectos de inversión y desarrollos inmobiliarios involucran algún tipo de fiducia. Como hemos venido sosteniendo, lo anterior se debe a la confianza que debe inspirar la entidad fiduciaria, la cual permite, junto con los demás elementos del contrato, que las distintas relaciones negociales se adelanten, en gran medida, en un escenario de seguridad y profesionalidad.

Ahora bien, la adopción de la figura de la fiducia en el ordenamiento jurídico colombiano y la regulación que le fue dada en el Código de Comercio no ha sido idónea para generar, en la práctica, la tan anhelada confianza y seguridad que de ella se espera. Por el contrario, nos encontramos con distintos factores de riesgo que generan incertidumbre y desmotivan su utilización.

Adicionalmente, puede percibirse que aún existen dificultades prácticas en relación con distintos aspectos del contrato, en particular en lo que atañe a la responsabilidad de la fiduciaria y a los efectos que se desprenden del patrimonio autónomo. Debido a las confusiones que se suscitan, es importante que la Corte Suprema de Justicia se pronuncie, en definitiva, sobre algunos puntos específicos como lo es la legitimación y la capacidad para ser parte del patrimonio autónomo, con el fin de otorgar claridad y seguridad al negocio.

En suma, lo cierto es que las ventajas del pacto fiduciario superan sus desventajas, pero en todo caso, para su perfeccionamiento, se requiere de la institucionalización de herramientas jurídicas, capaces de dotar de seguridad al negocio y de incrementar la sensación de confianza del comerciante que, buscando el desarrollo profesional de sus operaciones, concurre a su celebración.

Referencias

- Arrubla Paucar, J. A. (2013). *Contratos mercantiles. Contratos contemporáneos*. Bogotá: LEGIS.
- Arrubla Paucar, J. A. (2013). *Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*. Salamanca.
- Asociación de Fiduciarias de Colombia. (n.d.). *Cartilla aspectos básicos del negocio fiduciario*.
- Bianca, M. (1996). *Vincoli di estinazione e patrimoni separati*. Cedam.
- Caramés Ferro, J. M. (1953). *Curso de derecho privado romano*. Buenos Aires.
- Cardenas Mejía, J. P. (n.d.). *Asofiduciarias*. Retrieved from <http://www.asofiduciarias.org.co/images/El-contrato-de-fiducia-y-el-patrimonio-autonomo.pdf>
- Carregal, M. A. (1982). *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*. Buenos Aires: Universidad.
- Castrillón y Luna, V. M. (2003). *Contratos mercantiles*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2005, agosto 3). MP. Silvio Fernando Trejos.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2006, febrero 14). MP. Carlos Ignacio Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2009, julio 1). MP. William Namen Vargas. *11001-3103-039-2000-00310-01*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2010, enero 25). MP. Pedro Octavio Munar Cadena. *11001 3103 031 1999 01041 01*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2014, julio 24). MP. Margarita Cabello Blanco.
- De Arespachoga, J. (2000). *El trust, la fiducia y figuras afines*. Madrid: Marcial Pons.
- Devis Echandía, H. (2009). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Bogotá: Temis.

Gaviria Gutierrez, E. (1987). *Lecciones de derecho comercial*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Morales M, H. (1973). *Curso de derecho procesal civil*. Bogotá: Editorial ABC.

Rengifo García, E. (1998). *La Fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rengifo, R. (1984). *La fiducia. Legislación nacional y derecho comparado*. Medellín: Colección Pequeño Foro.

Rodríguez Azuero, S. (5a edición). *Contratos bancarios*. Bogotá: Legis.