

**La liquidación del patrimonio autónomo en los contratos de fiducia mercantil
de administración**

Daniel Manrique Gómez

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Facultad de Derecho
Medellín
2019

**La liquidación del patrimonio autónomo en los contratos de fiducia mercantil
de administración**

Daniel Manrique Gómez

Trabajo de grado para optar al título de abogado

Asesor

Néstor Raúl Londoño Sepúlveda

Doctor en Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2019

Resumen

Los negocios fiduciarios desde su tipificación en el Código de comercio del año 1971, se han convertido en una herramienta de garantía y seguridad jurídica para el desarrollo de operaciones financieras compuestas, consecuencia de lo anterior es el papel importante que los mismos han desarrollado en el desarrollo económico de nuestro país, específicamente en el desarrollo de proyectos constructivos, la administración de recursos masivamente captados por parte de las entidades vigiladas por las Superintendencia Financiera y en general toda aquella operación que comporte delegar la administración de activos en manos de un tercero, tercero en el cual se delega tal función precisamente por la confianza que el mismo inspira por su perfil profesional y específicamente por la creación de un patrimonio autónomo que va a proteger tales activos delegados. Paradójicamente a lo anterior, mediante el presente artículo se evidenciara la carencia de regulación normativa que estos negocios fiduciarios tienen, específicamente, en un momento tan delicado e importante como cuando se realiza la liquidación de tales universalidades jurídicas.

Palabras claves: Negocios fiduciarios, fiducia mercantil, patrimonio autónomo, sociedad fiduciaria, liquidación judicial.

Introducción

Actualmente, la figura de la fiducia mercantil se ha convertido en un instrumento de importante en el desarrollo comercial de nuestro país, consecuencia de lo anterior es el crecimiento constante y notorio de este tipo de operaciones en el mercado. Tal situación se puede observar por ejemplo en el campo inmobiliario, en el cual el contrato de fiducia mercantil comporta una herramienta fundamental en la estructuración y desarrollo de proyectos de tal índole.

El contrato de fiducia mercantil desde su desarrollo inicial en el derecho romano surgió como un instrumento que le aportaba confianza a las relaciones que se presentaban entre los ciudadanos. Consecuencia de lo anterior, es que la fiducia se entendía en aquel entonces como el respeto por la palabra empeñada.

En nuestro ordenamiento jurídico, el contrato de fiducia mercantil tuvo sus primeros orígenes en las operaciones autorizadas a los bancos para gestionar intereses de terceros, como consecuencia de la introducción de enunciados normativos anglosajones regulatorios de las entidades bancarias inspirados en el *trust* anglosajón.

Es así como el artículo 40 de la ley 51 de 1918 sobre establecimientos bancarios, permitió realizar operaciones fiduciarias en desarrollo del contrato de mandato. Igualmente y como resultado de la labor encomendada a la misión Kemmerer, se expidió la ley 45 de 1923, Estatuto Bancario, que introdujo la figura de los encargos de confianza que podían celebrar y operar las secciones fiduciarias de los bancos, como un intento de desarrollo del *trust* norteamericano (Limongi, 2011, pág. 54).

No obstante lo anterior, únicamente hasta el año de 1971 con la expedición de un nuevo Código de Comercio, se tipificó el contrato de fiducia mercantil y con ello al mismo se le dieron una

pluralidad de efectos de los que antes carecía al estar únicamente regulado por la autonomía de la voluntad de las partes, entre ellos, la formación de un patrimonio autónomo.

En armonía con lo anterior, el efecto más importante de este contrato: la creación del patrimonio autónomo, no constituye ni es una persona natural o jurídica, no obstante, sí es reconocido como sujeto de derecho, por ende, es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, tanto desde el punto de vista sustancial, como desde el punto de vista procesal (Azüero, 2017, pág. 216). En efecto, la etapa final de este efecto del contrato de fiducia, es uno de los temas tangenciales del presente escrito.

Ahora bien, con el presente artículo, realizado en el marco de la práctica corporativa en una firma legal, se busca abordar un tipo específico de contrato llamado Fiducia de Administración, y un específico momento del transcurrir de este contrato, a saber, la terminación y posterior liquidación del patrimonio autónomo. Lo anterior, con la finalidad de abordar el trámite del mismo, sus efectos y las dificultades que todavía se presentan en la práctica para llevar a cabo la liquidación de tales instrumentos jurídicos, toda vez que no hay claridad en algunos aspectos de su trámite.

Para ello es necesario, en primer lugar, hacer unas consideraciones a los negocios fiduciarios genéricamente considerados, posteriormente hablaremos del contrato de fiducia mercantil de administración, tanto en su finalidad y modalidades, seguidamente hablaremos del concepto de patrimonio autónomo y los efectos de su formación. Posteriormente, se hará un análisis de las causales de terminación del contrato de fiducia, tanto las normales como las anormales, hablaremos de la liquidación judicial de un patrimonio autónomo, los efectos de la admisión de un patrimonio autónomo en tal proceso, para finalmente abordar el trámite del mismo haciendo una mención de las dificultades y problemas que en este se presentan.

Consideraciones respecto de los negocios fiduciarios mercantiles

En aras de tener una conexión sintáctica adecuada en el presente escrito, considero necesario hacer unas breves consideraciones respecto del concepto de negocio fiduciario mercantil y, específicamente, una de sus modalidades el contrato de fiducia mercantil. Lo anterior, con la finalidad que el lector del presente artículo pueda contar con una contextualización adecuada del objeto jurídico de estudio, a saber, el método deductivo establece que para el correcto abordaje de un concepto se debe partir de sus postulados generales para, a partir de estos, poder llegar a sus características más particulares, así las cosas, abordaremos de manera breve, toda vez que este escrito no tiene la intención de ser un postulado general de los negocios fiduciarios, el concepto de negocio fiduciario.

Concepto y Notas Esenciales

De conformidad con lo expuesto por la Circular Básica Jurídica, la cual a su vez se fundamenta en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –E.O.S.F- y en el Código de Comercio, se entiende como negocios fiduciarios mercantiles a los actos de confianza mediante los cuales, una persona llamada fideicomitente, entrega a otra, llamada fiduciario, uno o varios bienes determinados, transfiriendo o no la propiedad de los mismos, con el ánimo de que el fiduciario cumpla una finalidad específica con tales a bienes, finalidad que puede ser a favor del mismo fideicomitente o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario (Superintendencia Financiera, 2014, págs. Título V, Cap. Primero, Numeral 1.1.).

Características de los Negocios Fiduciarios

Al respecto, la Circular Básica Jurídica establece que los negocios fiduciarios mercantiles deben presentar una pluralidad de características para ser considerados como tales, estas fueron sintetizadas en los siguientes términos:

Confianza: En virtud de tal característica el fideicomitente contrata con el fiduciario para que con sus conocimientos profesionales y técnicos gestione la finalidad por él determinada, por tal motivo se podría llegar a decir que los negocios fiduciarios son *intuitu personae*, es decir, en consideración de la persona.

Con respecto a esta relación de confianza, el laudo Arbitral proferido en el proceso arbitral entre Molino Eduardo Molinari Placin & Cía S. en C. (convocante) y Fiduciaria Fes S.A. (convocada), desarrollo este tema en los siguientes términos:

“La Confianza representa para las partes que la sociedad fiduciaria tiene la capacidad, el oficio, la ciencia, el arte y el conocimiento profesional suficiente como para obrar con toda diligencia y probidad en el desarrollo del negocio fiduciario, lo cual resulta importante en el momento de medir el grado de responsabilidad de la parte convocada en el presente asunto”
(Laudo Arbitral Placin & Cía S. en C. Vs Fiduciaria FES S.A., 2004).

Así mismo el doctor Jaime Arrubla Paucar, cuando aborda el concepto de la función económica de los negocios fiduciarios, expone que al negocio fiduciario se le llama con este nombre porque implica fiducia en el comportamiento del sujeto que recibe el encargo o la atribución patrimonial, en él se confía algo. Por ello, en la lengua castellana, fiducia equivale a confianza. Es un negocio fondeado en la confianza que nos inspira otra persona y por ellos se le confía una gestión especial (Arrubla Paucar, 2013, págs. 124-125).

Finalidad: El negocio fiduciario debe tener una finalidad para cumplir, tal finalidad debe estar estipulada en el contrato en forma clara y precisa.

Gestor Profesional: La sociedad fiduciaria tramita profesionalmente los negocios fiduciarias que le encomiendan sus clientes, de conformidad con las instrucciones impartidas por estos.

Entrega o transferencia de bienes: El negocio fiduciario requiere para su perfeccionamiento que el fideicomitente le haga entrega o transfiera, dependiendo del negocio fiduciario, uno o unos bienes cuando se constituya la fiducia mercantil.

Con relación a esta característica la Jurisprudencia ha tenido una controversia en el entendido si se debería entender a los negocios fiduciarios como reales o no, en tal sentido hay dos posiciones al respecto, por una parte está la posición que entiende el contrato de fiducia como un contrato real, toda vez que para estos el negocio de fiducia no es una obligación de hacer transferencia o entrega de los bienes específicos para el cumplimiento de la finalidad del contrato, sino una obligación de transferencia o entrega per se, es decir, al ser un contrato real solamente se va a entender perfeccionado únicamente por la tradición o entrega del bien o de los bienes. La sola intención de las partes expresada en el documento que expresa el acuerdo de voluntades, no basta para constituirlo porque en sentido estricto tal acuerdo solo es un acto preparatorio del negocio jurídico, frente a esta es importante decir que es la posición minoritaria (Laudo Arbitral Jose Raul Jaramillo y Ana Isabel Zuluaga Morales Velez Vs Alianza Fiduciaria S.A., 2003).

En contraste, otro sector de la Jurisprudencia, afirma que debe distinguirse la existencia y la validez de los negocios fiduciarios y la existencia de aquel patrimonio autónomo que se forma a partir de aquel. Para este sector, el contrato de fiducia es solemne si versa sobre inmuebles, bilateral (o plurilateral), oneroso, de libre discusión, nominado, típico, y generalmente de ejecución sucesiva.

Su existencia depende de que se dé una voluntad seria y cierta sobre el objeto del contrato, y que tal voluntad se exprese del modo previsto por la ley, el hecho de que no se haya formado el patrimonio autónomo no puede afectar al contrato porque es precisamente el contrato la fuente y el punto de partida para que, cumplidas las solemnidades y requisitos de forma y fondo pueda darse el patrimonio (Laudo Arbitral Leasing Mundial Vs Fiduciaria FES, 1997).

Remuneración: Es un elemento esencial de los negocios fiduciarios mercantil, contrario sensum a la propiedad fiduciaria civil, la remuneración del fiduciario, la misma se encuentra regulada por la Superintendencia Financiera.

Constitución de un patrimonio autónomo: Sea lo primero decir que sobre este tema se hará una profundización mayor en acápites posteriores y que únicamente aplica a los contratos de fiducia mercantil, no obstante, sea decirlo de manera preliminar, los bienes transferidos por el fideicomitente no ingresan al patrimonio del fiduciario, por su parte estos son transferidos a un patrimonio autónomo regido por la finalidad del negocio jurídico en cuestión.

Separación Contable y Patrimonial: Armónico con lo anterior, el fiduciario debe mantener separados patrimonial y jurídicamente los bienes entregados en virtud de un negocio fiduciario del resto de los activos de su patrimonio y de los que corresponden a otros negocios fiduciarios, por tal motivo, deberá llevar cuentas independientes de cada uno de los negocios y de su propio patrimonio (Limongi, 2011, pág. 58).

Modalidades de Negocio Fiduciario Mercantil

Una vez expuesto el concepto y las notas esenciales de un negocio fiduciario mercantil, es menester abordar de manera sumaria las modalidades que se pueden presentar de los negocios fiduciarios mercantiles. En los negocios fiduciarios mercantiles se presentan 3 modalidades, los

encargos fiduciarios, la fiducia celebrada con entidades estatales y la fiducia mercantil, a todo esto, toda vez que no es la finalidad de este artículo y en aras de evitar entrar en el oscuro terreno de la dispersión, únicamente se desarrollara a fondo, como bien se ha dicho, la tercera modalidad de negocio jurídico, esto es, el contrato de fiducia mercantil, específicamente el contrato de fiducia mercantil de administración. Ahora bien, se harán unas consideraciones básicas a las dos primeras con el ánimo de dejar sentadas sus diferencias con el contrato de fiducia y evitar confusiones entre los mismos que si bien son parecidos en algunos aspectos, son 3 negocios jurídicos con finalidades y encuadramientos jurídicos con diferenciaciones.

Los encargos fiduciarios son caracterizados y se diferencian principalmente del contrato de fiducia mercantil porque no hay una transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos al fiduciario, únicamente hay una entrega material, es decir, los bienes entregados al fiduciario no salen del patrimonio del fideicomitente y, por tal motivo, los mismos pueden ser perseguidos y embargados por los acreedores del fideicomitente, como consecuencia de la ausencia de tradición con los bienes entregados no se constituye un patrimonio autónomo.

Respecto a las anteriores diferenciaciones, el profesor Carlos Manrique Nieto expone que en su concepto, el contrato de fiducia mercantil y el encargo de fiducia mercantil se diferencia en que por una parte la transferencia del dominio en el contrato de fiducia es un elemento de la esencia, por su parte en los encargos de fiducia mercantil es un elemento de la naturaleza en el entendido que puede darse o no, adicionalmente dice que se diferencian estos dos negocios jurídicos en que es elemento de la esencia del contrato de fiducia mercantil la constitución de un patrimonio autónomo mientras que tal circunstancia no se da en los encargos, cuando ellos se hacen con transferencia de propiedad (Manrique, 1994, pág. 17 a 21).

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de julio de 2018, indirectamente soportando la posición del profesor Manrique Nieto, introdujo una sutileza respecto de la caracterización del Encargo Fiduciario al sostener que cuando éste recae sobre el dinero o sobre cosas fungibles, si comporta o envuelve la transferencia de la propiedad:

“El encargo fiduciario, en la perspectiva tradicional, comporta la transferencia de la mera tenencia. Sin embargo, la regla precedente no es absoluta, como pasa a precisarse. En presencia de un encargo fiduciario sobre un cuerpo cierto o especie (res certa), individuo singular, concreto específico e insustituible (C.C., art. 1627, inc 20), desde luego no existe duda en cuanto a la entrega de la mera tenencia y, de acuerdo con la finalidad fiduciaria, según el caso, habrá de restituirse, teniendo el deudor el deber de conservación de su custodia (C.C. art. 1605) empleando el “debido cuidado” (C.C., art. 1606). Empero, cuando el encargo fiduciario atañe a cosa de género, fungible y, más concretamente a dinero, en cuanto “perecen para el que las emplea como tales” (C.C., art. 663), la naturaleza, características y singularidad normativa de estos bienes presupone la entrega, ésta la tradición y excluye la transferencia de la mera tenencia” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2008).

Por su parte, los contratos de fiducia pública son una figura surgida a partir de la ley 80 de 1993, tal figura es caracterizada porque en ella el fideicomitente es una entidad de derecho público, es importante poner de presente que tal figura surgió en un clima escepticismo por parte de los organismos de control estatal, los cuales la veían como una forma de evasión del control que los mismos ejercían sobre las entidades públicas. Consecuencia de las críticas y la censura, el contrato de fiducia pública es una figura que al momento de consagrarse se hizo con muchas limitaciones y

restricciones, que paradójicamente haberse creado entre tal panorama ha encontrado acogida para la ejecución de los contratos de obra pública.

A todo esto, el contrato de fiducia pública se diferencia del contrato de fiducia mercantil en lo siguiente, en primer lugar en el contrato de fiducia pública no hay lugar a la transferencia del dominio a favor del fiduciario de los bienes que son objeto del negocio fiduciario; en segundo lugar, los bienes fideicomitidos no conforman un patrimonio autónomo distinto del resto de los bienes del fideicomitente; en tercer lugar no se puede pactar que la comisión de la sociedad fiduciaria sea tomada de los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados y en el mismo sentido se prohibió la posibilidad de delegar en las sociedades fiduciarias los contratos que las entidades celebren; finalmente se estipulaba en la ley 80 de 1993 que las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así lo autorice la ley, la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal, según el caso, no obstante la sentencia C-086 de 1995 de la Corte Constitucional declaró inexecutable esta prohibición (Rengifo Garcia, 2012).

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

Generalidades

El negocio fiduciario por antonomasia, a saber, el contrato de fiducia mercantil se encuentra consagrado en el artículo 1226 del código de comercio, el mismo lo define como:

“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”.

De la anterior definición, la doctrina y el ordenamiento jurídico colombiano encuadran jurídicamente a la fiducia mercantil, en su forma más representativa, como un contrato, principal, oneroso y conmutativo, de ejecución instantánea, por excepción o de tracto sucesivo, por regla general, según el caso, tipificado, bilateral, toda vez que no es parte en sentido estricto el tercero beneficiario, en el entendido que para la existencia del contrato de fiducia no es necesario su consentimiento, podrá serlo para efecto de la eficacia del mismo, y según el objeto sobre el que recaiga consensual o solemne (Azuero, 2017, págs. 186-192).

Modalidades

En la práctica, hay una pluralidad de contratos de fiducia mercantil frecuentemente utilizados, que han llegado al punto de ser reconocidos como estereotipos del contrato de fiducia mercantil, en otras palabras, han llegado a ser reconocidos como verdaderos productos financieros, reconocibles en los mercados por la existencia de características particulares, tales como las actividades que se le encomiendan a la Sociedad Fiduciaria, dependiendo del tipo de bienes que sean entregados y de la finalidad que con ellos se persiga, algunos al punto de tener una regulación específica por la ley Colombiana.

De conformidad con la página web de la Asociación de Fiduciarias y teniendo en cuenta las disposiciones de la superintendencia financiera, los contratos de fiducia se dividen cinco tipos de productos fiduciarios:

Fiducia de Garantía: Negocio en el cual el fideicomitente entrega uno o varios bienes a la Sociedad Fiduciaria, para que sirvan de garantía en el cumplimiento de obligaciones propia o de terceros establecidas en el contrato y para que ejecute la garantía en caso de incumplimiento de los deudores garantizados.

Fiducia Inmobiliaria: Negocio fiduciario que tiene como finalidad la administración de recursos y bienes relacionados con un proyecto inmobiliario, o de la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de dicho proyecto.

Fiducia de Administración: Este tipo de fiducia es el punto central del presente artículo y se desarrollara en los acápite posteriores.

Fiducia de Inversión: Es el negocio fiduciario en el cual se consagra como finalidad principal invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones establecidas por el Fideicomitente en el respectivo contrato.

Fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados: Dentro de este grupo se encuentra la administración de Pasivos Pensionales y los recursos de la seguridad social (Asociación de Fiduciarias de Colombia, 2017).

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN

Concepto

El contrato de fiducia mercantil de administración, es una de las modalidades más esenciales y puras del contrato de fiducia mercantil, de su solo nombre se deriva una de las obligaciones principales de la sociedad fiduciaria, esto es, el fiduciario para poder cumplir con la finalidad destinada por el Fideicomitente es necesario que maneje de manera adecuada y proteja los bienes entregados o traditados a él, de manera jurídica y física, contra los riesgos o los terceros que puedan afectarlos.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española entre sus muchas definiciones define la acepción administrar como “*Ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes*” o “*Graduar o dosificar el uso de algo para obtener mayor rendimiento de ello o para que produzca mejor efecto*” (Real Academia Española, 2014).

Consecuencia de lo anterior, la Superintendencia Financiera define el contrato de fiducia mercantil de administración como aquel que tiene por finalidad en que los bienes, como sus rendimientos si los hay, integrantes del patrimonio autónomo estén destinados a su administración en beneficio del Fideicomitente o Constituyente o incluso a favor de un tercero en las condiciones señaladas en el contrato respectivo (Superintendencia Financiera , 2000).

Por su parte la doctrina, establece que el fideicomiso de administración es un género divisible en tantas especies cuantos fines o clases de bienes comprenda cada caso concreto. También denominado por la doctrina española como fiducia-gestión, este tipo de figura busca que la fiducia administre de manera eficiente bienes provenientes del constituyente o de terceros quienes han adherido a un “*pactum generalis*” para que así sea (Jiménez Sánchez , 2007, págs. 60-61) .

Asimismo, la doctrina recalca en que en los contratos de fiducia de administración su alcance puede calificarse de ilimitado en el entendido que, en últimas, su funcionamiento depende de una extensa variedad de necesidades que padecen los miembros sociales, las empresas, las fundaciones, entre otras que acuden a la sociedad fiduciaria para delegar la administración de sus bienes, necesidades que en últimas determinaran el campo de acción de tal sociedad (Rengifo Garcia, 2012, pág. 103).

Con el ánimo de ejemplificar lo anterior, muchas pueden ser las razones que motivan a una persona para delegar la administración de unos bienes, entre ellas, la falta de experiencia en un

campo específico, edad, entre otras. A través del fideicomiso de administración, cuando recae sobre bienes inmuebles por ejemplo, la entidad fiduciaria se encarga de celebrar contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de iniciar los respectivos procesos de lanzamiento, el pago de impuestos etc. También son objeto de esta modalidad de fiducia, los bienes que han sido objeto de donaciones., pensemos en la avalancha de Mocoa, en la cual los bienes donados deben haber sido administrados por una sociedad fiduciaria con el encargo de transferirlos a los beneficiarios, en este caso los damnificados.

Modalidades

La fiducia de administración, si bien es una modalidad del contrato de fiducia mercantil, a su vez también tiene unas modalidades propias dentro de su campo, ahora bien, es importante aclarar desde ya que la Fiducia Inmobiliaria aun cuando en principio se entendió como una modalidad de la fiducia de administración y, en efecto lo es, en la actualidad dada la relevancia que adquirió se entiende que es una modalidad diferente de la fiducia mercantil con su regulación propia y sus propias modalidades, a saber, el Decreto 282 de 2019 y la fiducia inmobiliaria de preventas, entre otros.

Realizada la salvedad anterior, De conformidad con la Circular Básica Jurídica la fiducia de administración, tiene a su vez las siguientes modalidades de las cuales se hará una sumaria explicación:

Fiducia de Administración y Pagos: Este tipo de fiducia, la cual se podría entender también como fiducia de administración en sentido estricto, tiene como finalidad la administración de sumas de dinero y/u otro tipo de bienes que junto con sus rendimientos, si los hay, pueden ser destinados al cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones que el fideicomitente señale.

Adicional a lo anterior, la doctrina recalca en que esta modalidad que sirve a los particulares permite poner la fiducia al servicio del sector público, toda vez que en este tipo de modalidad se puede vincular con el desarrollo de contratos, especialmente de obras públicas o de construcción, en los que los avances van originando la obligación de realizar pagos a los contratistas, los cuales se canalizan a través de este medio (Azuerro, 2017, pág. 384)

Fiducia de Administración de Procesos de Titularización: Este producto fiduciario tiene por objeto la emisión y/o administración de una emisión de valores emanados de un proceso de titularización de activos y bienes. En otros términos, con este negocio se pretende crear mecanismos para respaldar la rentabilidad y el pago total de los títulos emitidos, contando la sociedad fiduciaria con la potestad de utilizar los activos que conforman el patrimonio autónomo, para realizar las gestiones necesarias para el pago oportuno de las obligaciones de la titularización.

De conformidad con lo anterior, pueden ser activos sujetos a este tipo de fiducia, títulos de deuda pública; Títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores; Cartera de crédito; Documentos de crédito; Activos inmobiliarios; Productos agropecuarios, agroindustriales u otros commodities; Rentas y flujos de caja determinables con base en estadísticas de los 3 últimos años o en proyecciones de por lo menos 3 años continuos. (Decreto 2555, 2010, pág. Art. 5.6.1.1.4.).

Al respecto, la doctrina lo define desde un punto de vista jurídico, como la creación de un patrimonio autónomo de carácter fiduciario, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, al cual se le transfiere la propiedad del flujo futuro o los activos que lo generan para que con base en esta propiedad emita y coloque títulos en el mercado de capitales. En contraprestación a los derechos transferidos, el patrimonio autónomo se obliga con la empresa transferente a entregarle los fondos obtenidos mediante la colocación de los títulos, después de atender las obligaciones con los inversionistas. (Rengifo Garcia, 2012, pág. 139)

Fiducia de Administración de Cartera: Esta modalidad de fiducia de administración tiene como finalidad principal la administración de carteras productivas e improductivas de entidades financieras y/o del sector real.

Fiducia de Administración de Procesos Concursales: Las sociedades fiduciarias que cuenten en su estructura administrativa con una unidad de negocio especializada, con capacidad tecnológica y humana para prestar el servicio y un sistema vigente de riesgo operativo para la respectiva línea de negocio, podrán actuar como promotores o liquidadores de una sociedad (Decreto 962 , 2009, pág. Art. 5)

En virtud de la autorización legal anteriormente expuesta, la modalidad de administración de procesos concursales se presenta cuando se designa a una sociedad fiduciaria como agente liquidador o promotor de un proceso concursal y tiene como objetivo la administración de los recursos afectos a su finalidad. (Limongi, 2011, pág. 171)

Patrimonio Autónomo

El concepto de patrimonio genéricamente considerado la doctrina clásica lo estipulo como un atributo de la personalidad, consecuencia de esto es que todas las personas tienen un patrimonio y el mismo es inseparable de la misma. Así mismo se ha entendido que el patrimonio se caracteriza por ser una universalidad jurídica, lo que comporta una relación entre el activo y el pasivo, que se refleja en el principio de que el patrimonio es prenda general de los acreedores del titular del mismo (Picard, 1952, págs. 20 - 21).

La anterior afirmación, fue sujeta de críticas fundamentadas en que lo que permitía la cohesión de los elementos que componen la universalidad que constituya el patrimonio es la afectación a una destinación particular común y no la persona titular del mismo, por tal motivo se

señalaba que la noción de patrimonio debía orientarse a considerar este como tal no por el titular del mismo sino por la destinación común de los elementos contenidos en el mismo, así las cosas, de esta manera apareció que lo fundamental es la afectación (Cárdenas Mejía, 2014, pág. 1).

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia expuso que:

“(…) la presencia de distintos fenómenos jurídicos han desvirtuado la rígida concepción unitaria del patrimonio, puesto que se ha establecido la posibilidad real de que una misma persona tenga varios patrimonios a la vez, pero tan perfectamente delimitados que no se tocan y por cuya existencia, precisamente a causa de esa separación, correlativamente se pueden generar relaciones jurídicas también distintas que se desarrollan autónomamente (….) se denominan así justamente los patrimonios autónomos porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica” (Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil , 2005).

Por lo expuesto, debemos entender entonces, de conformidad con la teoría de la afectación, al patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones de contenido patrimonial que se encuentran conjuntamente afectados a tal finalidad y, en tal sentido, lo expone también el artículo 1233 del Código de Comercio “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”.

Teniendo el concepto de patrimonio claro, el patrimonio autónomo es una individualidad jurídica propia, de creación legal expresa, afecto a una finalidad determinada, cuyos bienes o activos

responden por las obligaciones de carácter patrimonial que se adquieran en el cumplimiento de la finalidad. El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, debe celebrar y ejecutar diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiéndolo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia (Limongi, 2011, pág. 87).

Adicionalmente, se debe dejar claro que aun cuando el patrimonio autónomo puede ser sujeto de derecho y obligaciones, desde el punto de vista sustancial y procesal, para lograr la finalidad del fideicomiso, el mismo carece de una organización que le permita expresarse por sí mismo a través de sus propios órganos, por tal motivo carece de personería jurídica (Cárdenas Mejía, 2014, pág. 6).

Analizado el párrafo anterior, al principio parece comportar una contradicción toda vez que se entiende ser sujeto de derecho y obligaciones aquel sujeto que tiene personería, no obstante, se explica tal paradoja en el entendido que el fiduciario, de conformidad con el decreto 2555 de 2010, es el representante o vocero del patrimonio autónomo en el ámbito jurídico, en virtud de esto, el fiduciario llevará la personería del patrimonio autónomo en la celebración de actos jurídicos y en toda actuación administrativa o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes contenidos dentro del patrimonio autónomo o para procurar por la finalidad del mismo.

Al respecto de lo anterior, la doctrina establece que la vocería y representación de dicha sociedad fiduciaria está circunscrita a las instrucciones impartidas en el acto constitutivo por el fideicomitente o por el beneficiario del contrato de fiducia mercantil, según el caso (Superintendencia Financiera, 2010). Consecuencia de lo anterior, es que la representación y vocería del patrimonio autónomo por parte de la sociedad fiduciaria no será ilimitada y completamente libre, toda vez que

estará sujeta a las instrucciones irrevocables impartidas por el fideicomitente o el beneficiario, bien sea en el contrato de fiducia o de manera posterior.

Efectos de la Formación de un Patrimonio Autónomo

La creación del patrimonio autónomo como efecto de la celebración de un contrato de fiducia y el hecho de que el mismo constituya una universalidad jurídica, con todas las particularidades anteriormente expuestas, implica necesariamente la generación de unos efectos en la realidad fenomenológica:

En primer lugar, los bienes que conforman el patrimonio autónomo no forman parte de la garantía de los acreedores del fiduciario, esto, con fundamento en el artículo 1227 del Código de Comercio, ergo dicho acreedores no pueden solicitar su embargo, y si ello tuviera lugar la sociedad fiduciaria tiene todas las potestades de adelantar las actuaciones necesarias para obtener el levantamiento de tal gravamen, ahora bien, si la sociedad fiduciaria no lo hiciera, el artículo 1235 del Código de Comercio faculta al beneficiario para hacerlo.

En segundo lugar, los bienes fideicomitidos no pueden ser perseguidos por los acreedores del fideicomitente o constituyente a no ser que sea fundamentándose en acreencias anteriores, este efecto se deriva de lo dispuesto en el artículo 1238 del Código de Comercio:

“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. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes.

El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados”.

Del anterior enunciado normativo, se derivan dos posibles acciones legales para aquel acreedor que quiere perseguir los bienes fideicomitados, por un lado la vía ejecutiva y por otra la acción pauliana. Al respecto, la Superintendencia Financiera abordó el tema y estableció unos requisitos sine qua non para la interposición de la acción ejecutiva con el objeto de perseguir tales bienes:

“4.1.1. Los bienes fideicomitados podrán ser perseguidos en cabeza del fiduciario por los acreedores del fideicomitente, empleando para ello la vía ejecutiva siempre que se trate de obligaciones adquiridas con anterioridad a la constitución de la fiducia. De igual forma es 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 cual hace referencia el inciso 2° del artículo 1238 del Código de Comercio.

(...)

Finalmente, para el ejercicio válido de ese “derecho de persecución de los bienes fideicomitados” de que tratan el inciso 1° del artículo 1238, los acreedores en cuestión deben acudir a la vía judicial para que se decrete la extinción o terminación del negocio fiduciario, toda vez que, precisamente, ese “derecho de persecución – que tiene como materia propia un acto jurídico verdadero y completo, cual es un contrato de fiducia mercantil- tiene por finalidad permitirle a tales acreedores la satisfacción de sus créditos, la cual sólo se logra mediante la reconstitución del patrimonio del deudor fideicomitente. (...)

En consecuencia, se estima que para el correcto ejercicio de la acción de que trata el inciso 1° del artículo 1238 del Código de Comercio y el buen éxito de la misma se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: (...)

4.2.1. *En primer Lugar le corresponde a los acreedores –siguiendo los lineamientos generales de la carga de la prueba- demostrar los elementos de los cuales deriva su legitimación en la causa para actuar, vale decir, la preexistencia de una obligación teniendo en cuenta al efecto los términos en que fue pactada y el título que la documenta. (...)*

En segundo lugar, corresponde al actor acreditar que el contrato de fiducia mercantil celebrado por el deudor, propició o aumentó su estado de insolvencia, y, por ende, le produjo un perjuicio consistente en la imposibilidad de hacer efectivos sus derechos (Superintendencia Financiera, 2014)”.

En tercer lugar los acreedores del beneficiario solo pueden “perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes”, esto es, aquellos beneficios que le correspondan de acuerdo con el contrato de fiducia, ahora bien, en este punto es importante abordar la discusión acerca de la acción que podría tener el beneficiario sobre dichos rendimiento. Para algún sector de la doctrina, el beneficiario tiene un derecho persona a que se le entreguen tales rendimientos. Para algunos, el beneficiario tiene un derecho personal a que se le entreguen los rendimientos. En este sentido se puede señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el beneficiario o fideicomisario de una fiducia es titular de una estipulación para otro, y en relación con dicha figura ha advertido la corte en sentencia del 1° de julio de 2009 que el “tercero adquiere un derecho propio, personal, exigible por él” (Cárdenas Mejía, 2014, pág. 39).

No obstante lo anterior, para otros el beneficiario tiene un derecho real. Al respecto, la Superintendencia Bancaria (ahora Superintendencia Financiera) expresó:

“El beneficiario tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten (artículo 1238 del C. 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) (Superintendencia Bancaria, 1973)”.

En cuarto lugar, los bienes “*solo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida*” (artículo 1227). Al respecto, el alcance de esta norma es de tangencial importancia, toda vez que implica que cuando se contraen obligaciones que no corresponden al cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, los acreedores no podrían perseguir los bienes del fideicomiso (Jiménez Sánchez , 2007, pág. 40).

En quinto lugar, los acreedores del patrimonio autónomo no pueden perseguir los bienes propios de la fiduciaria. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia consideró que existía falta de legitimación en la causa en Sentencia del 3 de agosto de 2005:

“Las pretensiones de la demanda se refieren a la renovación de un contrato de interventoría celebrado inicialmente por la sociedad Fiduciaria (...) con la demandate, donde aquella actuó diciéndose “vocera” del patrimonio autónomo (...) y que por consiguiente tal patrimonio es el que debe soportar las pretensiones y no la fiduciaria directamente como consideró que fue demandada (... por ello el Tribunal) No erró, entonces, al verificar la falta de legitimación en la causa por pasiva, bajo el entendido de que la fiduciaria obró contractualmente en la condición de fiduciario y de esa misma manera debió demandarse (...) no era dable demandar directamente a la nombrada sociedad fiduciaria, o a quien hoy hace sus veces, para hacer recaer los efectos de la renovación del contrato en sus propios bienes, sino a ella como vinculada a ese patrimonio autónomo en el carácter indicado” (Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil , 2005) .

De conformidad con lo anterior, hay falta de legitimación en la causa, porque se estaba persiguiendo una declaración en un proceso frente a la fiduciaria con su propio patrimonio cuando el contrato fundamento de la Litis se refería a la fiduciaria actuando como vocera y administradora de un patrimonio determinado.

En sexto lugar, los bienes fideicomitidos se van a mantener separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios. Dicha separación debe ser contable y física, toda vez que se debe impedir, de toda manera posible, la confusión de los bienes de la fiduciaria con los del patrimonio autónomo o entre varios bienes de distintos patrimonios autónomos que administre la sociedad fiduciaria (Cárdenas Mejía, 2014, pág. 41).

Consecuencia de lo anterior, en el artículo 127 de la ley 1607 de 2012, modificatorio de los numerales 1 y 2 y de los incisos 1° y 2° del numeral 5 del artículo 102 del Estatuto Tributario y adiciona el numeral 8, el legislador dispone que las sociedades Fiduciarias deben tener dos números de identificación tributaria, uno para la sociedad fiduciaria en sí misma y otro para los patrimonios autónomos.

En séptimo lugar y finalmente, otro efecto de la constitución de un patrimonio autónomo como se ha desvelado de manera previa, es que la sociedad fiduciaria debe llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos, de conformidad con el artículo 1234 del Código de Comercio, lo que significa que ella tiene la legitimación para comparecer judicial y extrajudicialmente en todas las actuaciones relativas al patrimonio autónomo (Cárdenas Mejía, 2014, pág. 41). En tal caso, será claro la comparecencia de la fiduciaria como ente que debe llevar tal personería, toda vez que se identificara como Fiduciaria en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo a la hora de realizar actos en el marco de un proceso bien sea administrativo o judicial.

Terminación del contrato de fiducia mercantil de administración

La terminación de un contrato de fiducia mercantil, por las causas legales o contractuales determinadas por el ordenamiento jurídico o las partes en su autonomía de la voluntad, comporta necesariamente la extinción del patrimonio autónomo, bajo el entendido que el uno es consecuencia del otro, por tal motivo realizaremos en el siguiente acápite un análisis de las causales de terminación de los contratos de fiducia mercantil de administración.

Causales de Terminación

El artículo 1240 del Código de Comercio, consagra las siguientes causales de extinción o terminación del contrato de fiducia de administración, sin consideración a aquellas causales que las partes en el ejercicio de su liberalidad pudieran pactar:

Numeral 1, por realizarse plenamente sus fines, partiendo de la base que un contrato de fiducia se constituye para crear un patrimonio autónomo, el cual a su vez se constituye para la realización de un propósito determinado, una vez se cumple con tal presupuesto *“una vez concluida la finalidad contemplada en el acto constitutivo termina el negocio fiduciario”*, es más que claro decir que esta es la terminación natural e ideal, de conformidad con el objeto y la función económica del negocio jurídico celebrado, del contrato de fiducia mercantil de administración.

Numeral 2, imposibilidad absoluta de realizar sus fines, podría decirse que esta es una de las causales de terminación del contrato de fiducia más lamentable, toda vez que comporta el no cumplimiento del objeto del contrato y el no cumplimiento de su finalidad económica, colofón de lo anterior podría decirse que es la antítesis de la causal anterior. La anterior situación, comporta una paradoja ya que las dos en su diferencia provocan los mismos efectos, esto es, la terminación del contrato de fiducia y la extinción del patrimonio autónomo.

Dicho lo anterior, puede comportar una imposibilidad absoluta de realizar los fines del contrato, cuando ocurren eventos durante el desarrollo del negocio que hacen imposible el cumplimiento de la finalidad o la destrucción total de los bienes fideicomitidos por fuerza mayor o caso fortuito sin que se le pueda imputar responsabilidad a la fiduciaria por tal destrucción.

Numeral 3, por la expiración del plazo, Por haber transcurrido el plazo de duración del fideicomiso estipulado en el contrato también se da la terminación del mismo. Al respecto, anteriormente se establecía que el término máximo para la duración de un negocio fiduciaria sería de 20 años, toda vez que si se excedía tal fecha el mismo se entendería como un negocio prohibido, no obstante, tal disposición fue derogada por el artículo 101 de la ley 1328 de 2009 y los contratos celebrados después del 15 de julio de 2009 – fecha de entrada en vigencia de tal ley – pueden ser mayores a 20 años (Cárdenas Mejía, 2014, pág. 83).

Numeral 4 y 5, por haberse cumplido la condición resolutoria o hacerse imposible o no cumplirse la condición suspensiva, los negocios fiduciarios también pueden depender de un hecho futuro e incierto, esto es, de una condición. Con base en lo anterior, cuando el la subsistencia del negocio estaba sometido a una condición resolutoria y la misma se cumplió, el fideicomiso se terminará y el patrimonio autónomo se extinguirá. Ahora bien, debe evitarse la confusión en la que nuestro Código ha incurrido, toda vez que esto no aplicaría cuando de la condición depende el acaecimiento del Contrato de Fiduciaria y por ende el fideicomiso, toda vez que el mismo nunca llegó a existir y no puede extinguirse lo que no ha nacido (Azuelo, 2017, pág. 333).

Numeral 6, muerte del fideicomitente o beneficiario, esta causal solo opera cuando se ha señalado como causal de terminación expresamente por las partes en el acto constitutivo, bajo el entendido que si no se estipulo esta causal de extinción se aplicaran las normas sobre la sucesión (Limongi, 2011, pág. 69)

Numeral 7, disolución de la entidad fiduciaria, tal situación podría ser causada por distintas razones como lo son, la terminación del plazo previsto en el contrato social – valga decir que respecto de esto la posibilidad practica de ocurrencia es mínima por los extensos plazos que las sociedades ponen en sus estatutos-, entrada en insolvencia o por cualquiera de las otras causales de disolución estipuladas en el artículo 218 del código de comercio, ahora bien, en la práctica ante tal panorama, la solución más comercial y menos traumática consiste que la entidad fiduciaria antes de entrar en tal situación ceda su posición contractual a otra fiduciaria, lo anterior con el ánimo de evitar perjuicios al fideicomitente y beneficiario ante tal terminación tan abrupta del contrato de fiducia.

Numeral 8, acción de los acreedores anteriores a la celebración del negocio, partiendo de la base que el principio general es que todos los patrimonio autónomos constituidos en fraude de acreedores pueden impugnarse, si la acción intentada por éstos prospera, el patrimonio autónomo llegara a su fin, lo anterior se fundamenta en que el uso del negocio fiduciario no puede conducir a una defraudación de terceros con un interés jurídicamente tutelable (Azuero, 2017, pág. 336).

Numeral 9, declaración de nulidad del acto constitutivo, esta se podría entender como una causal de terminación genérica de todos los contratos, esto es, si se promueve una acción que tiene por pretensión la declaración de nulidad del contrato y la misma es declarada por un laudo arbitral o sentencia ejecutoriada, la consecuencia es que los efectos de tal contrato se van a retrotraer y en consecuencia se dará una terminación anormal del mismo, pero terminación en todo caso.

Numeral 10, revocatoria del fiduciante, Si en la celebración del acto constitutivo el fideicomitente pacto esta posibilidad, toda vez que es un elemento accidental del contrato y, en tal

sentido, debe ser pactado expresamente por las partes, podrá unilateralmente terminar el contrato de fiducia de administración celebrado.

Numeral 11, mutuo acuerdo del fideicomitente y el beneficiario, parece ser obvio pero si el beneficiario ya aceptó el beneficio estipulado a su favor en el acto constitutivo es necesario el acuerdo del mismo, aun cuando algunos sectores de la doctrina no lo consideran parte del contrato, ni el fideicomitente, no es posible ponerle fin al contrato de fiducia sin su consentimiento aún si el fiduciario y el fideicomitente se encuentren de acuerdo.

Liquidación del Patrimonio Autónomo

Presentada algunas de las causales anteriormente expuestas, nos encontramos en una situación en la que una vez terminado el contrato de fiducia debe procederse a liquidar el patrimonio autónomo, para tales efectos aun cuando el Código de Comercio no lo precisa, a pesar de que se haya cumplido el plazo o la condición que determina la extinción del contrato de fiducia, la entidad fiduciaria conserva la facultadas de representación y vocería del patrimonio autónomo a que haya lugar para llevar a cabo la liquidación efectiva del mismo, tal y como sucede en las sociedad cuando entran en estado de disolución y se liquidan (Cárdenas Mejía, 2014, pág. 86).

En este punto es necesario tener en cuenta algo y es la existencia o no de pasivos al momento de la liquidación, toda vez que de la existencia o no de los mismo dependerá el camino a seguir de ahora en adelante.

Por una parte, cuando no hay pasivos dentro del patrimonio autónomo el tramite es mucho más sumario, toda vez que los bienes que quedaron dentro de tal patrimonio será restituidos al Fideicomitente o al beneficiario designado por este para tal fin, una vez el patrimonio se encuentra

vacío las sociedades fiduciarias deben emitir un acta de liquidación del patrimonio autónomo firmada por el fideicomitente y el fiduciario, de manera adicional se deben emitir unas certificaciones de paz y salvos en materia de conciliación y cartera, conciliaciones bancarias y administración de cuentas. Una vez tenida la anterior documentación, se remite a la oficina de registro de la Superintendencia Financiera junto con la rendición de cuentas finales, una vez emitida la aprobación de la Superintendencia para la liquidación de tal fideicomiso, el mismo para efectos contables se entenderá como liquidado para la sociedad fiduciaria que otrora era encargada de administrarlo (Jaramillo Bonilla, 2019).

Por otra parte, cuando al momento de la liquidación del patrimonio autónomo existen pasivos causados por obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida por el contrato de fiducia y este contrato se encuentra afecto a la realización de actividades empresariales –que en la práctica envuelve a casi toda la totalidad de los negocios fiduciarios, según cifras de Asofiduciarias alrededor de 23.250 negocios fiduciarios-, la sociedad deberá ser liquidada de conformidad con las regulaciones estipuladas por la ley 1116 de 2006 en su proceso de liquidación judicial, esto en la búsqueda de pagar las obligaciones pendientes antes de proceder con la transferencia de los bienes al beneficiario o su restitución al fideicomitente según el caso.

Señala el artículo 2° de la Ley 1116 de 2006 que están sometidos al régimen de insolvencia los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales y que, el Gobierno Nacional, establecerá los requisitos de admisión de dichos patrimonios autónomos al trámite de insolvencia, tal artículo fue reglamentado posteriormente mediante el decreto 1074 del 26 de mayo de 2015 – el cual a su vez compiló el decreto 1038 de 2009 que regulaba en principio la materia-. Los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales son definidos por este decreto como aquellos que tienen por objeto principal adelantar en forma organizada la administración o custodia

de bienes destinados a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios (Isaza Upegui & Londoño Restrepo , 2011, pág. 38).

Al respecto, en reiteradas oportunidades la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado sobre los parámetros para determinar si un patrimonio autónomo desarrolla o no actividades empresariales estableció:

“(...) El Despacho debe apoyarse tanto en las normas de derecho común, como en las normas del derecho de insolvencia, pues la noción de actividad económica o empresarial es la misma en los dos regímenes. Así, en lo que respecta al derecho común, la actividad económica se analiza desde la perspectiva de la noción de empresa: “[s]e entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios” Mientras que en lo que respecta al derecho de insolvencia, las actividades empresariales, que llevadas a cabo por un patrimonio autónomo permiten que este sea sujeto concursal, consisten en “adelantar en forma organizada la administración o custodia de bienes destinados a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios”

Las normas transcritas demuestran que tanto la noción de empresa del Código de Comercio, como la noción de actividades empresariales de la reglamentación de la ley de insolvencia, son verdaderamente amplias y no buscan de ninguna manera imponer un criterio restrictivo. En lo que concierne específicamente al derecho de insolvencia, es claro que el decreto que reglamentó la ley, al definir la actividad empresarial a través de la noción de empresa, buscó garantizar que el más amplio espectro de patrimonios autónomos pudieran ser sujetos concursales (...) (Proceso de Reorganización Patrimonio Autónomo F.C. Campollo, 2015)”.

El numeral segundo del artículo 47 de la ley 1116 de 2006 señala que el proceso de liquidación judicial iniciará por las causales de liquidación inmediata previstas en dicha ley, no obstante, a su vez, el artículo 49 establece que el proceso de liquidación judicial se abrirá, de manera inmediata, entre otros, por solicitud de deudor, conforme lo señala el numeral primero de dicha norma y, acorde con el párrafo primero de dicho artículo (Congreso de la República , 2006).

Sobre el anterior aspecto, esto es, sobre la solicitud proveniente del deudor, el mismo tiene tal facultad de conformidad con el artículo , el cual dice que para los efectos de la aplicación de la Ley 1116 de 2006, en los procesos de insolvencia de patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales, expone que cuando la ley habla del deudor se entenderá que se refiere al patrimonio autónomo, cuando habla de acreedor interno, se entenderá que se refiere al fideicomitente y cuando habla de administradores, se entenderá que se refiere al fideicomitente o a quien ejerce influencia dominante en sus decisiones, o control sobre el mismo, salvo cuando se haga referencia a las obligaciones formales del fiduciario.

El artículo 8, relativo a la legitimación, establece que la apertura del proceso de insolvencia de un patrimonio autónomo afecto a la realización de actividades empresariales, podrá ser solicitada por el vocero o fiduciario, a iniciativa propia o porque así se lo haya requerido el fideicomitente o quien ejerza influencia dominante en las decisiones del fideicomiso según el correspondiente contrato de fiducia, por el titular de un crédito posterior a la constitución del patrimonio autónomo, vencido, exigible y a cargo del patrimonio autónomo o por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre la actividad principal que desarrolla el patrimonio autónomo.

Competencia

En principio el artículo 2.2.2.12.7 del decreto 1074 de 2015 estableció que la autoridad concedora del proceso de insolvencia de los patrimonios autónomos serán los Jueces Civiles del Circuito del domicilio principal de la fiduciaria, no obstante, si existe subordinación o control por parte de deudores sujetos a la competencia de la Superintendencia de Sociedades, de tal proceso conocerá la Superintendencia:

“Artículo 2.2.2.12.7. Competencia. Conocerán del proceso de insolvencia de los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales, los jueces Civiles del Circuito del domicilio principal de la fiduciaria. El inicio de los procesos deberá solicitarse ante la Superintendencia de Sociedades, de existir deudores sujetos a su competencia, que tengan un vínculo de subordinación o control sobre el patrimonio autónomo objeto de la insolvencia, quien será la competente para conocer de los procesos de todos los deudores vinculados (Presidente de la Republica de Colombia, 2015)”

De conformidad con lo anterior, nos encontramos ante un fuero privativo que es manifestación reforzada del carácter imperativo, e inmodificable, de las normas sobre competencia judicial en este caso, en el entendido que anula la posibilidad de selección del demandante, así como una remisión a otro juez por parte del Despacho, ergo, para efectos de la competencia de la liquidación judicial de los patrimonios autónomos se aniquila toda discrecionalidad al Juez competente del mismo.

Trámite de la Liquidación Judicial del Patrimonio Autónomo

Teniendo claros los caminos a seguir al momento de liquidar un patrimonio autónomo, atendiendo a las distintas circunstancias en las que este se pueda encontrar y habiendo abordado anteriormente el trámite de liquidación cuando no hay pasivos, es conveniente hablar, con el ánimo

de dar cierre al presente artículo, del trámite de liquidación judicial de un Patrimonio Autónomo en el marco de la ley 1116 de 2006. Al respecto, el artículo 1° de tal compilado normativo entiende como un proceso de liquidación judicial a aquel que *“persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor”*. Realmente, más que una definición, hay una clara tautología en la fórmula transcrita, que ni siquiera sugiere las características que según la doctrina se predicán de tal proceso, entre las cuales se destacan, la conclusión de las actividades en curso al momento de iniciar el proceso, al pago del pasivo y a la entrega del remanente al deudor (Reyes Villamizar, 1968, pág. 139).

Realizada la anterior crítica preliminar, el proceso de liquidación judicial de un patrimonio autónomo inicia con la solicitud formal dirigida al Juez Competente por un sujeto legitimado en la causa para tal finalidad, legitimación que fue abordada en el acápite anterior. Tal solicitud, de conformidad con el artículo 2.2.2.12.9 del decreto 1074 de 2015, debe ir acompañada con unos anexos adicionales a los que la ley 1116 consagra para todas las solicitudes de liquidación judicial de sociedades:

1. Copia notarial de la escritura pública o copia del documento privado que demuestre la constitución del patrimonio autónomo y sus modificaciones.
2. Certificado expedido por la cámara de comercio del domicilio del fiduciante en que conste el registro del contrato de fiducia mercantil.
3. Cualquier prueba siquiera sumaria que demuestre tanto la existencia del crédito vencido, exigible y a cargo del patrimonio autónomo, como la legitimación activa o titularidad del solicitante cuando corresponda.
4. Certificado de existencia y representación legal de la fiduciaria

5. Prueba siquiera sumaria sobre el desarrollo de actividades empresariales del patrimonio autónomo.
6. Certificado expedido por el Vocero o Fiduciario en el que se indique quién es el administrador del patrimonio autónomo.

Ahora bien, se traen estos requisitos a colación, que a primera vista pueden parecer simples formalismos, toda vez que en este punto se presenta una situación problemática que generan la no admisión de la solicitud de liquidación para la liquidación de un negocio jurídico tan complejo como este. Lo anterior, obedece al anexo instaurado en el numeral dos de este artículo, esto es, el “*certificado expedido por la cámara de comercio del domicilio del fiduciante en que conste el registro del contrato de fiducia mercantil*”, toda vez que actualmente hay una discusión entre varios jueces y las cámaras de comercio sobre este punto.

En complemento de lo anterior, actualmente hay dos posiciones por una parte las Cámaras de Comercio argumentan, teniendo en cuenta que la función registral es enteramente reglada, que los contratos de fiducia mercantil, sea cual fuere su especie, no son actos sujetos a la formalidad del registro mercantil, toda vez que con la entrada en vigencia de la ley 1676 de 2013 – Cfr. Art 3 párrafo, Art. 21 y Art. 39 *Ibidem-*, perdieron competencia para conocer el registro del único contrato de fiducia mercantil que podía registrar, esto es, el contrato de fiducia mercantil con fines de garantía que constaran en un documento privado, toda vez que para efectos de la ley en el párrafo de su artículo 21 “*los efectos de las garantías mobiliarias frente a terceros se producirán con la inscripción en el registro, sin que se requiera de inscripción adicional en el Registro Mercantil*” (Congreso de la República, 2013).

Por otra parte, los Jueces fundamentan su en que el decreto 1074 de 2015 – recopilatorio del 1038 de 2009- en su artículo 2.2.2.12.9 es tangencialmente claro, toda vez que instauran como

requisito de admisibilidad de la liquidación tal certificación y el mismo es condición sine qua non para la admisión de tal solicitud, tal registro además se encuentra soportado por la obligación de publicidad que el artículo 146 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto Ley 663 de 1993-, norma de igual jerarquía a la Ley de Garantías Mobiliarias atendiendo a las facultades extraordinarias dadas por el artículo 25 de la ley 45 de 1990 al presidente en esa época, impone para tales efectos *“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”* (Presidente de la República, 1993).

En mi opinión y teniendo en cuenta que me adhiero a la posición de los jueces, tal discusión es una muestra de excesivo rigor jurídico y una interpretación totalmente exegética por parte de la Cámara de Comercio, la cual a su vez es consecuencia de una falta de claridad por parte del legislador, discusión que lo único que está ocasionando son traumatismos a procesos que deben tener la mayor agilidad posible atendiendo a la pluralidad tan grande sujetos interesados en el buen transcurrir del mismo. Ante tal panorama y de manera muy acertada en mi concepto, la Superintendencia de Sociedades, Intendencia Regional Medellín, en un caso similar, ha tenido en consideración los comentarios precedentes y ha admitido al proceso de liquidación judicial a un Patrimonio Autónomo afecto a actividades empresariales, sin necesidad de cumplir tal requisito:

“(…) No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta el documento expedido por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, mediante el cual rechaza la solicitud de registro del patrimonio autónomo, es claro para el Despacho que el requisito no pudo ser cumplido por un hecho ajeno a la solicitante y a la fiduciaria y atribuible a un tercero, por lo que mal podría

esta Superintendencia desconocer dicha situación e impedir la admisión a un proceso de insolvencia a un ente que ha cumplido con todos los demás requisitos que se encuentran bajo su control. Por lo anterior, este Despacho repondrá el Auto 610-002037 del 25 de Septiembre de 2017, y en su lugar admitirá al P.A. Fideicomiso Saint Joseph a un proceso de insolvencia en la modalidad de liquidación judicial (...) (Superintendencia de Sociedades , 2017)”

Una vez presentada la solicitud y solventándose la anterior situación, el Despacho – bien sea la Superintendencia o el Juez competente- decretará la apertura del proceso de liquidación judicial. La apertura de tal proceso genera una serie de efectos de mayor importancia, en primer lugar respecto del deudor y su actividad como lo son respecto de los patrimonios la separación de todos los administradores, la terminación de los contratos de tracto sucesivo y de ejecución instantánea celebrado por la Fiduciaria como vocera y administradora que no sean necesarios para la preservación de activos. En segundo lugar respecto de los bienes del deudor, la prohibición de enajenar de cualquier clase de bienes componentes del patrimonio, la advertencia a los deudores del patrimonio que solo pueden pagar al liquidador so pena que el mismo sea ineficaz. Finalmente, en materia procesal, la prohibición de admitir demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otra liquidación judicial o ejecución extra-concursal, exceptuando los proceso de restitución, aquellos procesos de ejecución deberán ser remitidos al juez del concurso en virtud del fuero de atracción que posee la liquidación judicial y la interrupción del término de prescripción y la inoperancia de la caducidad de las acciones respecto de las obligaciones que contra el deudor fueran exigibles (Isaza Upegui & Londoño Restrepo , 2011, págs. 281-289).

Una vez admitido el proceso, con todos los efectos que a este le sobrevienen, se debe expedir el auto de apertura, en tal auto de apertura se regularan otras determinaciones de mayor

importancia para el trámite del proceso, en materia de publicidad se fijara la obligación de informar a terceros por diferentes medios para que se enteren de la existencia de tal proceso y que presenten las correspondientes acreencias si a así es el caso. Por su parte, en relación con los bienes se le impone la obligación al liquidador de realizar el inventario de activos del deudor y aportarlo al proceso dentro de los 30 días siguientes a la providencia de apertura, en este punto se conviene hacer un comentario aparte, el liquidador debe ser una sociedad fiduciaria de conformidad con el artículo 2.2.2.12.11. Del decreto 1074 de 2015, no obstante, a tal obligación en la práctica no se le da cumplimiento bajo el entendido que se nombran personas naturales de la lista de auxiliares de la justicia, adicionalmente el juez del concurso decretará medidas cautelares sobre tales bienes con el fin de proteger la integridad de los mismos.

Adicionalmente, la ley establece un término de veinte días, a partir de la fecha de desfije del aviso sobre apertura del proceso de liquidación judicial, para que los acreedores presente su crédito al liquidador, allegando una prueba de la existencia y cuantía del mismo. Transcurrido el anterior plazo, el liquidador debe, en el término que le fije el juez del concurso que no puede ser inferior a un mes ni superior a tres, remitirle al juez el proyecto de graduación y calificación de créditos y derechos de voto junto con sus correspondientes soportes. Una vez remitido tal proyecto, el Juez del proyecto debe proferir el auto en el cual reconoce y gradúa créditos y derechos de voto, al respecto se le dará traslado del mismo a los acreedores para que presenten objeciones, en caso tal que se presenten las mismas se dará traslado de estas al liquidador para que intente conciliarlas y de no ser posible se citará a audiencia de resolución de objeciones de la que trata el artículo 29 y 30 de la ley 1116 de 2016 para que el juez las resuelva y apruebe el inventario y el proyecto de calificación y graduación.

Una vez estando en firme el inventario y el avalúo de los bienes, como el proyecto de calificación y graduación de créditos y fijación de derechos de voto, contamos con todos los presupuestos necesarios para proceder al pago de las acreencias del patrimonio, tal pago se realizara a través de un acuerdo de adjudicación, para llegar a tal acuerdo el liquidador tiene dos meses contados a partir de la fecha en que queden en firme tanto el proyecto como el inventario y el avalúo para realizar la enajenación de los bienes contenidos en el patrimonio autónomo, bien sea de manera directa o a través de una subasta privada. Transcurrido el anterior plazo, el liquidador tendrá otro plazo de treinta días para presentar al juez del concurso el acuerdo de adjudicación al que se haya llegado con los acreedores, teniendo listo el anterior acuerdo, el proceso de liquidación terminara con la ejecutoría de la providencia de adjudicación, que a su vez comportara la extinción definitiva de tal universidad jurídica (Isaza Upegui & Londoño Restrepo , 2011, págs. 324-325).

CONCLUSIONES

Luego de haber estudiado desde lo general, esto es, los negocios fiduciarios, hasta lo más específico, la liquidación judicial del patrimonio autónomo en los contratos de fiducia mercantil de administración, puede afirmarse que se trata de un negocio jurídico fundamentado en la confianza con una importancia invaluable para el desarrollo de la economía del país.

Una de las cualidades más importantes de los negocios fiduciarios es su versatilidad, en efecto, como fue visto específicamente en el contrato de fiducia de administración tiene un margen de aplicación muy amplio que puede ir desde la administración de ciertos bienes de una persona natural hasta la administración masiva de recursos captados por una entidad para una finalidad específica, puede ir comportar la administración de recursos de un fondo de capital eminentemente privado hasta administrar los aportes que hacemos a nuestro sistema pensional.

No obstante lo anterior, el legislador ha errado en más de ocasión al momento de regular la figura dentro de nuestro ordenamiento jurídica, situación que genera una multiplicidad de dificultades prácticas en lo que atañe por ejemplo a la naturaleza y efectos de los patrimonios autónomos que la misma crea y la liquidación de los mismos, tal falta de criterio por parte del legislador en algunos aspectos ha generado incertidumbre en posibles inversionistas que no ven en esta figura un vehículo apropiado para el desarrollo de sus proyectos.

Un ejemplo de lo anterior, es la falta de certeza respecto de la naturaleza de los contratos de fiducia, es decir, si deberían ser entendidos como contratos reales, bajo el presupuesto que la sola intención de las partes expresada en el documento, no basta para constituir un patrimonio autónomo o si solo es un acto preparatorio del negocio jurídico o si por el contrario como bien lo expone otro sector de la jurisprudencia se deben entender como contratos solemnes, bajo el argumento de

diferenciar la existencia y la validez de los negocios fiduciarios y la existencia del patrimonio autónomo, específicamente.

A mi parecer, el legislador no es claro en este punto y eso da parte a discusiones que lo único que causa es inseguridad jurídica respecto de la existencia o no del contrato de fiducia, toda vez que dependiendo de la posición que un juez en un eventual litigio acoja dos casos de similares características pueden terminar de formas muy diferentes, es decir, en una sentencia condenatoria declarando la inexistencia de un contrato y ordenado que se retrotraigan los efectos causados por el mismo o por el contrario una sentencia absolutoria ratificando la validez de un contrato, tal existencia o no de un contrato que puede afectar a una cantidad grandísima de terceros de buena fe ajenos al contrato de fiducia pero vinculados a un encargo de vinculación al fideicomiso en calidad de beneficiario, con todo el problema en materia de restituciones y perjuicios causados a los mismos, respecto de los cuales la Sociedad Fiduciaria o el Fideicomitente en últimas estaría obligado a responder.

Así mismo, se extrae otra situación problemática respecto de los contratos de fiducia mercantil, a mi parecer la más grave de todas, esto es, la discusión entre las cámaras de comercio y los Jueces frente al requisito de procedibilidad del registro del contrato de fiducia mercantil en el registro de la cámara de comercio, haciendo un análisis legal del asunto, es más que clara la obligación de la cámaras de proceder con tal registro y su negativa denota dos situaciones preocupantes, un excesivo rigor jurídico, que aparte de excesivo es injustificado por parte de tales entes, rigor que lo único que está logrando es entorpecer el pago de las acreencias y la devolución de unos aportes, que observando los esquemas fiduciarios que en la práctica se realizan, vinculan a una pluralidad grandísima de personas y una segunda es la falta de conocimiento en materia

fiduciaria de estos entes, toda vez que confunden una especie tan diferente como lo es el Contrato de Fiducia en Garantía con las otras subespecies de los Contratos de Fiducia Mercantil.

Por tal motivo el legislador y específicamente, la Superintendencia de Industria Comercio – ente encargado de regular las actuaciones de las cámaras de comercio- deben dar claridad en este asunto a lo sumo a través de una Circular Externa, toda vez que lo único que causa este tipo de retrasos es que la gente desconfió de los esquemas fiduciarios que tan importantes han sido para el desarrollo industrial y comercial de nuestro país.

En suma y síntesis, los negocios fiduciarios resaltan más por sus virtudes que por sus defectos, no obstante, unas reformas legales adecuadas que arrojen luz en algunos aspectos oscuros de tales contratos fortalecerían más la confianza de posibles sujetos interesados en celebrar contratos de este tipo.

REFERENCIAS

- Arrubla Paucar, J. A. (2013). *Los Negocios Fiduciarios y la Fiducia en Garantía* . Salamanca, España: Tesis Doctoral .
- Asociación de Fiduciarias de Colombia. (2017). *Asociación de Fiduciarias de Colombia*. Obtenido de <https://www.asofiduciarias.org.co/educacion-financiera/negocios-fiduciarios/>
- Azuero, S. R. (2017). *Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina* . Bogotá D.C.: Legis .
- Cárdenas Mejía, J. P. (Febrero de 2014). *El contrato de fiducia y el patrimonio autónomo*. Universidad del Rosario .
- Congreso de la República . (27 de Diciembre de 2006). Ley 1116 .
- Congreso de la República. (20 de Agosto de 2013). Ley 1676 de 2013 Art. 21 Paragrafo .
- Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil . (3 de Agosto de 2005). Sentencia. Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de julio de 2008). Magistrado Ponente William Namén Vargas.
- Isaza Upegui , Á., & Londoño Restrepo , Á. (2011). *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial. Tercera* . Bogotá D.C. : Legis .
- Jaramillo Bonilla, J. (22 de Abril de 2019). Director de Fideicomisos - Fiduciaria Corficolombiana S.A. (D. Manrique Gómez, Entrevistador)
- Jiménez Sánchez , M. A. (2007). *Estudios Sobre el Fideicomiso* . Bogotá D.C.: Ibañez .
- Laudo Arbitral Jose Raul Jaramillo y Ana Isabel Zuluaga Morales Velez Vs Alianza Fiduciaria S.A. (14 de Octubre de 2003). A. Centro de Conciliación y Arbitraje Cámara de Comercio de Medellín .
- Laudo Arbitral Leasing Mundial Vs Fiduciaria FES. (26 de Agosto de 1997). Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá.
- Laudo Arbitral Placin & Cía S. en C. Vs Fiduciaria FES S.A. (20 de Febrero de 2004). Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.
- Limongi, M. P. (2011). *Guía Jurídica de los Negocios Fiduciarios en Colombia*. Bogotá D.C.: Legis.
- Manrique, C. (Noviembre de 1994). *Fiduciarias, fiducia, encargos fiduciarios y titularización*.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (15 de Julio de 2010). Decreto 2555.
- Picard, M. (1952). *Les Biens En el Traité Pratique de Droit Civil Francais* . Paris , Francia.
- Presidente de la República de Colombia . (20 de Marzo de 2009). Decreto 962 .
- Presidente de la Republica de Colombia. (26 de Mayo de 2015). Decreto 1074.

Proceso de Reorganización Patrimonio Autónomo F.C. Campollo. (12 de Noviembre de 2015). Auto N° 2015-01-44616. Superintendencia de Sociedades .

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* (Tricentenario ed.). Madrid, España: ESPASA.

Rengifo Garcia, E. (2012). La fiducia mercantil y pública en Colombia. Bogotá D.C. : Universidad Externado de Colombia .

Reyes Villamizar, F. (1968). *Disolución y liquidación de Sociedades* . Bogotá : Doctrina y Ley Limitada .

Superintendencia Bancaria. (25 de Septiembre de 1973). Concepto OJ-479.

Superintendencia Bancaria. (1996). Circular Básica jurídica 007.

Superintendencia de Sociedades . (20 de Noviembre de 2017). Auto 2017-610-002651.

Superintendencia Financiera . (14 de Julio de 2000). Concepto No. 2000020332-2.

Superintendencia Financiera . (24 de Septiembre de 2010). Concepto 20100528113-001 .

Superintendencia Financiera. (2014). *Circular Básica Jurídica*. Bogotá D.C.