

NUEVAS DOGMÁTICAS EN EL DERECHO PRIVADO ENTORNO AL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDUCIARIO. UN DEBATE EN COLOMBIA*

Carlos Andrés González León**

RESUMEN

Este trabajo de avance busca dar cuenta inicial de la problemática que presenta la forma tradicional de la dogmática al abordar los problemas del derecho privado contractual en el tratamiento del patrimonio autónomo fiduciario, por lo cual tiene como objetivo identificar una ruta crítica para su observación y estudio, a partir del análisis documental.

Palabras clave: Dogmática, paradigmas del derecho, fiducia mercantil, patrimonio autónomo, ruta crítica de problematización del negocio fiduciario.

ABSTRAC

This forward work seeks to give initial account of the problem that presents the traditional form of the dogmatic to address the problems of private law contractual in the treatment of autonomous heritage trust, which shows a critical path for its observation.

Keywords: Dogmatic, paradigms of the right, autonomous patrimony, trusts, critical path of problematization of the trust business.

Fecha de recepción: Octubre 30 de 2012

Fecha de evaluación del Par: Noviembre 15 de 2012

Fecha de aprobación: Noviembre 30 de 2012

* Este artículo constituye un avance en el marco de la propuesta de investigación de tesis doctoral titulada: “El patrimonio autónomo fiduciario frente al régimen de los bienes en el derecho colombiano”, dirigida por el Doctor Roberto Vidal López, adscrita al programa de Doctorado de la Universidad Libre, Seccional Bogotá.

** Estudiante de Doctorado en Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Bogotá. Abogado egresado de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Derecho Comercial del convenio Universidad Externado de Colombia, Universidad Autónoma de Bucaramanga; Especialista en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y en Derecho procesal Civil de la misma Universidad; Maestro en Administración del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey en convenio con la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Profesor Asociado de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Autor de diversos artículos en revistas académicas en torno al tema de la contratación financiera y el derecho mercantil y la enseñanza del derecho. cgonzale@unab.edu.co

INTRODUCCIÓN

A partir de identificar dificultades en la forma en que la dogmática del derecho privado da respuesta a problemas de interpretación propios de su disciplina, se evidencian tensiones que sugieren cambios, inclusión y reconocimiento de nuevos paradigmas para dar solución adecuada a los problemas contemporáneos del derecho y de la sociedad. Por ello se en la segunda parte de este trabajo se propone, para el caso específico del tratamiento de los patrimonios autónomos en el negocio fiduciario, el diseño de una ruta crítica espacial y temporal para efectos de categorizar las dificultades que históricamente ha representado el concepto de patrimonio autónomo en Colombia. Finalmente, se proponen algunas categorías para la reconstrucción del concepto.

EL PROBLEMA DE LA DOGMÁTICA. UN PROBLEMA DE PARADIGMAS Y DE INTERPRETACIÓN

Cuando un conocedor del tema de los contratos mercantiles, más aún, de los negocios financieros, como es el caso del contrato de fiducia, se enfrenta a la interpretación de las reglas que gobiernan a los contratos en general y a los contenidos de sus cláusulas particulares, va a encontrar varios panoramas para su análisis que le permitirán solucionar los problemas concretos puestos a su consideración. El primero de los panoramas o perspectivas de apreciación parte del supuesto de que el contrato es una “ley para las partes”¹ y en consecuencia su referente inmediato es la posibilidad de la autorregulación, cuyos límites estarán enmarcados en lo que algunos denominan “orden público barrera”², es decir, aquel conjunto

de normas de interés general que encauzan la operación contractual desde sus inicios hasta su ejecución y liquidación, buscando protección de intereses propios del tráfico jurídico mercantil o de la sociedad.

En términos prácticos, el observador experto, en esta perspectiva, revisaría el contenido del documento contractual, que de ser claro, es decir, de haber previsto en él cómo resolver los conflictos que pudieran darse entre las partes vinculadas como consecuencia del desarrollo de sus contenidos prestacionales, y de no contrariar ese orden público-barrera, encaminará su respuesta por ese gobierno de lo propio que supone la autorregulación contractual.

Esta primera perspectiva, puede ser ampliada en su análisis, pues ha dejado por fuera el tema del origen del contrato en cuestión, en términos de su formación dentro del mercado en el que opera. Esta segunda perspectiva permite acudir al sistema de fuentes, en el sentido de responder a otras preguntas que se salen de la esfera de lo particular y concreto en la resolución de las preocupaciones básicas de los contratantes, pues ofrece soluciones mejores a preguntas como, ¿por qué cuando se hacen este tipo de acuerdos, se redactan sus condiciones o sus cláusulas de una manera determinada y no de otra forma?, o, ¿por qué se fijan estas formalidades o estos requisitos probatorios y no otros?, por ejemplo. Nótese que cuando se hacen estas referencias, la fuente para la solución de los problemas continúa siendo la autorregulación que hacen los interesados en el negocio y que, de alguna manera, además, estamos suponiendo que dicha autorregulación se ha convertido en una práctica reiterada, dominante y quizás pública. Con lo anterior quiero llamar la atención en que la fuente de las reglas iniciales, se encuentra en quienes usan el contrato y no, aún no para esta perspectiva, la legislación. Es posible que el legislador haya reglado los asuntos concernientes al contrato bajo la consideración discutida de cómo deben ser los contenidos normativos del contrato en su órbita de acción espacial y temporal y por lo tanto, determinado la

¹ Artículo 1602 del Código Civil Colombiano.

² Ospina escribe: “En la ideología racionalista, cuyo epicentro son las libertades individuales, el derecho y su noción dominante, *el orden público*, quedaron relegados a una posición secundaria: *a la de simple garantía de tales libertades*” (Ospina F. y Ospina A., 1983. p., 8).

producción de leyes sobre la materia, que puede ser anterior al uso del contrato³ o, quizás, es otra posibilidad, lo que ha hecho el legislador en buena parte de los contratos que reglamenta en sus textos legales, es recoger las reglas básicas que los contratantes han venido dejando como prácticas habituales para la celebración del negocio, siendo ese espacio el que usa el legislador para incorporar las normas que hemos denominado como de orden público-barrera.

La otra perspectiva, tercera en el orden, en este primer marco de aplicación, es la revisión de lo que los jueces han dicho sobre el contrato en revisión. En donde a partir del acopio de los tradicionales sistemas de interpretación se revisan asuntos tales como la estructura del negocio, los elementos esenciales del contrato, las reglas para la formación del negocio y para su prueba, el alcance y los efectos de las obligaciones para las partes junto con las formas de terminación del contrato, siempre desde la perspectiva de lo que la ley dice o de lo que las partes han reglado. En términos prácticos esto supondría revisar: qué han regulado las partes del contrato o qué dice la ley (o el Código) y qué respuestas han dado los jueces, es decir, si la jurisprudencia ofrece reglas. Esta revisión que desde el ámbito del derecho privado se ofrece, supone el análisis detenido de todos aquellos temas relacionados con la eficacia de los negocios jurídicos (supuestos para la existencia del negocio, para su validez, para su oponibilidad), entre otros.

En resumen, se han presentado tres perspectivas básicas para la explicación del negocio privado: la visión de la autorregulación o autonomía de la disposición particular, que permite formar usos o costumbres, la perspectiva del legislador y la visión del juez. Estas respuestas o perspectivas, como lo explica Habermas, guardan su fundamento en proposiciones normativas codificadas o legisladas que a su vez constituyen el fundamento de la jurisprudencia (Habermas, 2008, p. 469).

³ Puede ser, por ejemplo, el caso, tan usual del trasplante normativo (Bonilla. 2009).

Una forma pragmática de explicar el problema desde la dogmática, es indicar que el entorno del derecho privado de los negocios se explica a partir de lo que las lógicas del derecho mismo expresa en sus proposiciones normativas y conjunto de categorías, que ha recogido el legislador en los textos legales o que ha recaudado la actividad judicial en la jurisprudencia. Con ello se explica y se permite dar solución a los problemas que se presentan en la sociedad.

En este punto considero importante para fundamentar parte de la hipótesis de trabajo dar cuenta de algunas de las hipótesis que Habermas expone sobre los paradigmas del derecho (Habermas, 2008). Habermas, al revisar el tema de los paradigmas del derecho tiene una pregunta de fondo por resolver: ¿Cuál es la conexión entre el sistema jurídico y el entorno social? Tres campos de revisión del derecho se ofrecen, dos primeros en tensión: la teoría del derecho y la historia del derecho, y la dogmática jurídica como aplicación del derecho en el contexto atrás mencionado.

Explica Habermas: “Mientras que la teoría del derecho, como hemos visto, mediante una abstracción generalizadora cobra distancia respecto del trabajo de interpretación referido al caso particular, en que consiste la práctica de las decisiones judiciales, pero sin tener que abandonar la perspectiva del participante como tal, la mirada objetivadora del historiador se dirige a los contextos sociales en los que está inserto el derecho como sistema de acción y de los que se nutren también los supuestos básicos que implícitamente acompañan la administración de justicia y a la dogmática del derecho.” (Habermas, 2008, P. 469)

Habermas considera que la interpretación normativa se hace desde el *corpus* del derecho y desde el “horizonte de una precomprensión de la sociedad contemporánea” (Habermas, 2008, P. 469). Es decir, que en toda dogmática hay una visión de lo que los actores del derecho consideran es y debe ser la sociedad y a partir de esa imagen es que desenvuelven su práctica jurídica y toman sus decisiones. Por lo tanto, la

interpretación que del derecho se haga supone la existencia de un paradigma que se deduce de las decisiones judiciales que él denomina como ejemplares. Cuando Habermas habla de preconcepción de la sociedad contemporánea, está haciendo alusión, justamente, a ese recaudo que es el derecho vigente, contenido mismo de la dogmática jurídica.

En su revisión analiza dos paradigmas jurídicos: el paradigma del derecho formal burgués y el paradigma de posguerra del derecho sustentado en el Estado social; el primero fundamentado en la protección del individuo y en la interpretación dogmática de la sociedad por el derecho; el segundo como una reacción al individualismo en donde aparece una burocracia estatal creciente frente a sus actuaciones y con un derecho inabarcable en su estructura que no se reduce a programas condicionales ni a programas finalistas. Habermas, se pregunta si la comprensión procedimental del derecho, como nueva fórmula, puede contribuir a decidir la disyuntiva entre (i) la comprensión normativa del derecho y (ii) el derecho asociado a un proyecto constitucional hecho a la medida de las sociedades modernas. Para tal efecto, revisa el asunto desde una doble perspectiva: la del derecho privado y la de los derechos fundamentales. En este punto, Habermas devela problemas entre el Estado social y la preservación de la autonomía de la voluntad individual propia del derecho formal burgués, ante el cual éste reacciona: "...la autonomía privada que viene establecida por el propio estatuto de la persona jurídica, ha de ser realizada de modo distinto en contextos sociales cambiantes" (Habermas, 2008, P. 472), cada vez el derecho privado requiere de una explicación y justificación distinta frente al entorno social.

Como ya se dijo, el paradigma jurídico se infiere de las decisiones judiciales, de la visión social del juez: "Hoy la jurisprudencia no puede comportarse ingenuamente frente a su propio entorno natural" (Habermas, 2008, p. 474). Paradigma que debiera, según Habermas, reconocer la existencia de una sociedad compleja, con una comunidad jurídica de miembros iguales y libres, y centrar

un derecho que en razón de la complejidad de la sociedad se ha deshinchado. Esto supone que los modelos del Estado (el formal burgués y el social) deben contextualizarse a partir de la comprensión reflexiva de la Constitución entendida como un modelo de realización del derecho que debe situarse históricamente. Es decir, comprender paradigmáticamente el sistema jurídico "volviéndose sobre sí" como disputa política (Habermas, 2008, p. 477). En un primer momento se muestra que prima la Constitución sobre el derecho privado, es decir, que el legislador y el juez deben dar desarrollo a los derechos fundamentales en el marco del derecho privado.

Este cambio de paradigma entiende la relación autonomía privada/autonomía ciudadana como un "recíproco plexo de remisiones" (Habermas, 2008, p. 479) en donde la comunicación que permite la expresión y la acreditación, son su forma de legitimación natural y democrática.

Si bien el contexto del trabajo de Habermas busca desarrollar lo que denomina "paradigma procedimental del derecho", el interés que mueve la remisión a su trabajo aquí, es el de mostrar cómo la perspectiva de la dinámica del derecho en términos dogmáticos requiere de una explicación de contextos y por lo tanto, en consecuencia, de la búsqueda de las condiciones de lo que la dogmática del derecho privado debiera presentar para la explicación de lo que requiere la sociedad en conjunto.

Un caso concreto en donde se produce el enfrentamiento de esos paradigmas del derecho se evidencia al realizar el estudio de la formación del negocio fiduciario y en particular, de su régimen patrimonial en Colombia. Los patrimonios autónomos han significado un derrotero de trabajo especial cuando de interpretación se trata, no sólo desde el plano del régimen contractual y patrimonial del derecho privado, sino desde la órbita de algunos de sus efectos en el derecho público. Estas circunstancias que permiten la formulación del problema en torno a la dogmática se pueden revisar a partir de un camino que aquí

denominaré “ruta crítica”, que busca mostrar en el tiempo los planos de formación de los contenidos jurídicos del concepto de patrimonio autónomo dentro del negocio fiduciario en Colombia.

RUTA PARA LA PROBLEMATIZACIÓN HISTÓRICA DE LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS EN EL CONTEXTO FIDUCIARIO COLOMBIANO

Si se revisa la ruta para hallar un contexto apropiado que permita visualizar la problemática del concepto patrimonial en el negocio fiduciario colombiano, sería necesario separar en tres momentos el entorno de la misma, momentos que sugieren, en la historia del derecho privado colombiano, hipótesis distintas sobre las formas de resolver los problemas prácticos que ofrece la legislación frente a las realidades sociales y frente a la forma de interpretar y pensar los negocios financieros y que por ello sugieren hipótesis que devienen matices y contextos teóricos diferentes a los acostumbrados en el marco de las lógicas interpretativas del derecho privado, revelando actores y estrategias en la práctica jurídica.

El primer momento lo podría denominar como “contexto de formación institucional financiero”, el segundo, como el de “aparición formal del negocio fiduciario en Colombia” y el tercero, como “período de crisis del concepto patrimonial en el negocio fiduciario en Colombia”.

Contexto de formación institucional financiero

En este período, que puede ser enmarcado entre los años 1923 a 1971, se destacan tres situaciones diferentes:

A) El proceso de formación legal de las instituciones económicas del Estado Colombiano. La reciente Constitución de 1886 no contenía herramientas específicas que permitieran cohesionar los rumbos económicos del país, ni los entornos empresariales. De hecho, desde 1863 hasta el acogimiento de la Constitución de 1886, hubo una clara disputa

frente a los modelos financieros de banca libre y los modelos de control que se impusieron en el siglo XX.⁴ En el año 1922 el gobierno nacional contrata la primera Misión Kemmerer cuyos resultados institucionales terminaron definiendo en los marcos legales el panorama económico y financiero. De las normas expedidas, sobresalen tres para el tema que se revisa: (i) la Ley 25 de 1923, que crea al Banco de la República como banco central y de emisión, permitiendo al fin la unificación monetaria colombiana; (ii) la Ley 46 de 1923, sobre instrumentos negociables, que trasladó el régimen del Estado Soberano de Nueva York a nuestro contexto y, finalmente (iii) la Ley 45 de 1923, que podría considerarse como ley de bancos por establecer el régimen de organización de los bancos en el país y a su vez crear la Superintendencia Bancaria como ente de control, inspección y vigilancia (Alviar. 1988, p. 13 - 23). La característica de este momento inicial es la de adecuación impositiva y trasplante de normas. Denomino adecuación impositiva al hecho de adoptar normas especiales sobre diversas materias económicas consideradas importantes en la época. Por lo tanto, se trata de una situación de ajuste que podría describirse literalmente como una situación en donde se indica, desde lo legal, que en adelante ciertas operaciones se harán de tal forma y además se indican cuales serán los instrumentos que permitirán desarrollar la operación, sobre los cuales la ley misma trae carta de instrucciones sobre su adecuado uso. El trasplante normativo hace referencia a que en algunos de los casos las normas que se entregan provienen de modelos extranjeros que se apropian y por lo tanto su experiencia original no era nuestra (Bonilla. 2009).

B) La Ley 45 de 1923, a partir del artículo 105, establece la posibilidad de que los bancos cuenten con una sección fiduciaria y determina

⁴ Al respecto pueden revisarse el trabajo: *La idea Liberal en Colombia durante el siglo XIX* (Kalmanovitz. 2004), y el trabajo de Echeverri: (Echeverri Pérez. 1994).

las condiciones, requisitos y actividades que se podrían adelantar a través de ella. Sin embargo, la previsión dispuesta con la enumeración de algunas formas de negocios, no permite dilucidar su alcance y adecuación típica en el marco de lo que hoy reconocemos como contrato de fiducia mercantil. Por esta razón la forma de interpretar el negocio fiduciario en la época se hizo a partir de su asimilación al contrato de mandato, por ser un negocio de administración, dando lugar a la aparición de un contrato que en su época se denominó encargo de confianza, hoy encargo fiduciario. Este contrato, al ser asimilado al mandato no tiene cercanía alguna en sus efectos patrimoniales al contrato de fiducia actual, entre otras cosas por no conllevar la formación de un patrimonio autónomo.⁵

C) En todo este período se producen ajustes de los procesos institucionales del sector financiero pues se consolida un sistema de banca especializada, se depuran los marcos legales y constitucionales de la intervención del Estado en la economía –como director general, y como interventor especial, y se destaca la penetración y la formación de negocios y contratos nuevos. La importancia de este período se concentra en el esfuerzo institucional del ejecutivo como interventor, del legislativo y del aparato judicial colombiano, por reconocer, interpretar y acoger modelos económicos y planteamientos jurídicos nuevos. Hecho que no ha sido revisado en conjunto con suficiencia y en donde hay un enorme vacío en términos de actores, estrategias y genética de los negocios.

Aparición formal del negocio fiduciario en Colombia y del concepto de patrimonio autónomo

Este segundo contexto contiene a su vez dos situaciones críticas importantes: de una parte, la aparición por vez primera de un contrato de fiducia novedoso, tipificado y reglado, desde sus

procesos de formación hasta su terminación, acompañado de un instrumento patrimonial que se introduce por primera vez en Colombia: el patrimonio autónomo. Esta situación conlleva a la formulación de varias preguntas: ¿por qué se escogió el modelo patrimonial? ¿En qué forma se discutió y se adoptó?, Preguntas que buscan armar un mapa de trabajo que permita dar respuesta a cuáles fueron las estrategias y quiénes fueron los actores de las mismas, lo cual permite mejorar la interpretación y entender los contextos.

La segunda situación revela un problema profundo: el de la interpretación. Modelos de interpretación cerrados a partir de los instrumentos contenidos en el Código Civil Colombiano (Como los previstos en la Ley 153 de 1887) entran en crisis frente a la praxis del nuevo contrato de fiducia y de su modelo patrimonial, pues el concepto de patrimonio autónomo que describen los contenidos normativos, distaba de los acostumbrados y pocos cuestionados modelos patrimoniales que sustentaban el derecho de propiedad en Colombia.

Así, al ser expedido el Código de Comercio Colombiano, Decreto 410 de 1971, se regló por vez primera en el país el negocio jurídico fiduciario incorporando el concepto de patrimonio autónomo. La acostumbrada revisión formal normativa muestra cómo los artículos 1226, 1227, 1233 y 1238 de la codificación mercantil, hacen referencia directa al contenido y efectos del patrimonio autónomo, que, desde su promulgación, fue motivo de preocupación académica y doctrinal por los efectos operativos y por las consecuencias propias de los contenidos patrimoniales derivados del negocio fiduciario.

La definición contenida en el artículo 1226 del Código de Comercio Colombiano, que incluye como elemento esencial del negocio la transferencia de bienes y la formación de un patrimonio autónomo, constituye en nuestro derecho el reconocimiento implícito de la teoría objetiva del patrimonio, en la que el patrimonio es un concepto desligado de la personalidad,

⁵ Un trabajo que compila la legislación financiera de la época y que permite su análisis de contexto es el de Ángel, J., (Ángel.1959).

dotándolo de un contenido funcional y dinámico. Esta concepción del patrimonio marca la diferencia con otras concepciones jurídicas en donde el patrimonio se encuentra unido a la personalidad como atributo inherente a la misma, razón por la cual no puede existir, persona sin patrimonio ni patrimonio sin persona como titular de la masa de bienes.

La adopción de esta concepción legal del patrimonio parte de hacer una descripción del patrimonio autónomo desde sus efectos básicos que se podrían resumir así:

- a) La transferencia del dominio a título de fiducia que el constituyente hace de los bienes implica una enajenación o salida del patrimonio de los mismos de su patrimonio personal (artículos 1226 y 1238 del C. de Co.).
- b) La transferencia del dominio de los bienes hecha por el constituyente no conlleva la propiedad de los mismos para el fiduciario ni su confusión o mezcla con el activo del fiduciario ni con otros patrimonios administrados o fideicomitados (artículos 1227, 1233, 1234 numeral 2, del C. de Co. C.).

Ambos efectos patrimoniales cuentan con un sustento diferente. El primero aparece como excepción a la regla general contenida en el artículo 2488 del Código Civil Colombiano, por la cual el patrimonio del deudor es prenda o garantía general de los acreedores, puesto que los acreedores del constituyente no pueden perseguir los bienes entregados en fiducia por encontrarse formando un patrimonio autónomo que nace de la enajenación de los mismos (Artículo 1238 del C. de Co.).

El segundo efecto jurídico es consecuencia de la necesidad de mantener la seguridad y transparencia financieras en la administración de los recursos del cliente, y por ello no pueden mezclarse con los activos del fiduciario y deben ser manejados a través de cuentas de orden fiduciarias para tal efecto.

La consecuencia que resulta de los efectos jurídicos descritos se constata en el hecho de que los bienes fideicomitados al ser transferidos, son una masa afecta a una finalidad (elemento teleológico) prevista en el acuerdo fiduciario. Son bienes que han salido del patrimonio del constituyente o fideicomitente, y que no integran el patrimonio del fiduciario (razón por la cual los acreedores del fiduciario no pueden perseguir los bienes fideicomitados por los clientes de la persona jurídica fiduciaria (Artículo 1227 del Código de Comercio), es decir, los bienes fideicomitados forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contenida en el contrato, dándose una separación patrimonial desde el punto de vista jurídico, contable y administrativo, para todos los partícipes del contrato (para el fiduciario, para el constituyente y los beneficiarios), separación esencial al contrato de fiducia.

Período de crisis del concepto patrimonial en el negocio fiduciario en Colombia

Denomino período de crisis del concepto patrimonial del negocio fiduciario en Colombia a los procesos de discusión que el concepto de patrimonio autónomo, que se infería de las normas mercantiles, produjo como consecuencia de observar problemas de su aplicación en entornos como la contratación pública, los procedimientos concursales, aspectos de naturaleza fiscal y otros relativos al tema de las garantías financieras.

Detrás de estos contextos se descubren preguntas relativas a cómo manejar la fiducia, cómo entender el concepto de patrimonio autónomo en un contexto rígido de interpretación del concepto atípico de patrimonio en Colombia, interpretado tradicionalmente como ligado a la personalidad y por lo tanto, ajeno al concepto de autonomía patrimonial; preguntas sobre el carácter de la fiducia y de sus contenidos patrimoniales en relación con la evasión del cumplimiento de responsabilidades legales o del cumplimiento de negocios, hasta incluir cuestionamientos en torno a las responsabilidades del administrador fiduciario frente al patrimonio administrado y frente

a terceros afectados por dicha administración y dichos bienes. Como ejemplo de lo indicado pueden observarse revisiones a través de decisiones de autoridades judiciales y administrativas que han valorado sus alcances.

Una primera revisión se hizo luego de expedido el Estatuto de Contratación Pública, Ley 80 de 1993, al ser demandada la constitucionalidad de algunas de sus normas. En la revisión de constitucionalidad se preguntó si el concepto de fiducia pública incluido en el Estatuto, desnaturalizaba el negocio de fiducia mercantil al no autorizar la constitución de patrimonios autónomos, ante lo cual la Corte Constitucional de Colombia manifestó en Sentencia C-086 de 1995. Magistrado Ponente, Dr. Vladimiro Naranjo:

“...el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado “fiducia pública”, el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, “en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley”. Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993.”

También en el año 1995, la Superintendencia de Sociedades se pronunció sobre el tema fiduciario dentro del trámite concursal de Acerías Paz del Río (*Auto 410-6017 de 18 de diciembre de 1995*).

Proferido por la Superintendencia de Sociedades dentro del procedimiento concordatario de la empresa ACERÍAS PAZ DEL RÍO, en relación con los recursos de reposición interpuestos por SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A., el BANCO DE BOGOTÁ, THE CHASE MANHATTAN BANK, NATIONAL ASOCIATION y CHEMICAL BANK), al impedir que la Fiduciaria Anglo realizara la garantía fideicomitida por la sociedad Acerías Paz del Río a título de fiducia de garantía en favor de los acreedores beneficiarios de certificados de garantía fiduciaria, por considerar que los bienes fideicomitidos hacían parte de la masa del concurso de Acerías Paz del Río, pues las normas del concurso tenían prelación en su aplicación por su finalidad, eran posteriores y había que salvaguardar los principios de universalidad y de igualdad de los acreedores en el trámite, razón por la cual los beneficiarios de la fiducia (acreedores del constituyente) deberían hacer parte del concordato, agregando que estos acreedores serían tratados con los mismos derechos que los acreedores hipotecarios.⁶

⁶ Sin embargo vinieron luego varios autos de la misma superintendencia confirmando el auto anterior, aunque más conservadores en sus decisiones, para el caso pueden consultárselos siguientes: AUTO 410- 7500 25 de septiembre de 1998. Proferido por la Superintendencia de Sociedades dentro del procedimiento concordatario de la sociedad AUTOS COSACO LTDA. En el que se declara ineficaz el pago de garantías fiduciarias realizado por FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEX. AUTO 410- 7513, de 25 de septiembre de 1998. Proferido por la Superintendencia de Sociedades dentro del procedimiento concordatario de la empresa INDUSTRIA ITALO COLOMBIANA DE CONDUCTORES ELÉCTRICOS ITALCEL LTDA, En el que se declara ineficaz el pago de garantías fiduciarias realizado por FIDUCIARIA DEL PACÍFICO S.A. AUTO 410 -7508 de 25 de septiembre de 1998. dentro del procedimiento concordatario de la Sociedad CERÁMICAS CONTINENTAL S.A. En el que se niega la autorización para la enajenación de una garantía fiduciaria por parte de FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.

A todas luces esta decisión implicó una serie de revisiones sobre el concepto patrimonial de la fiducia en Colombia, pues se dejaban sin efectos los contenidos básicos previstos sobre la traslación del dominio de bienes en el Código de Comercio para los patrimonios autónomos, así como se desconocían derechos adquiridos por la aplicación de un régimen posterior. Las preguntas formales eran: ¿Cómo podían ser parte de la masa del concordato una serie de bienes que ya habían salido del patrimonio del concursado por haber sido enajenados a título de fiducia en garantía? ¿No deberían proceder aquí otras acciones como las de revocar el negocio fiduciario, de ser susceptibles sus requerimientos?

Dos normas posteriores trataron el tema para desarrollarlo de manera operativa y circunscrita a sus objetivos naturales: la Ley 550 de 1999 sobre reestructuración empresarial y la Ley 1116 de 2006 que reemplazó la reestructuración por las normas sobre insolvencia económica y reorganización empresarial y liquidación. En ellas el tratamiento ha buscado subsanar algunos de los inconvenientes revisados en el caso de Acerías Paz del Río, sobre el problema que inicialmente representó la fiducia en la modalidad de garantía, y luego, el tratamiento que debía darse, en general, al negocio fiduciario. Es un punto muy interesante de tensión dentro del marco del derecho privado mercantil, por tratarse de la revisión acerca de los derechos adquiridos por vía del contrato de fiducia (con enajenación de bienes importantes para el acuerdo concursal o la liquidación) frente a la recuperación de las empresas viables y adecuada protección del crédito que prevén las normas de concurso. Pero además supone un choque abrupto con el tema constitucional, porque aparece el acoplamiento del ordenamiento privado al contexto constitucional.

El Ejecutivo en ese mismo año expide el Decreto 1049 de 2006, en el cual encontramos un claro ejemplo de la problemática que reviste el concepto de patrimonio autónomo, en términos de las concepciones básicas del derecho de los bienes, de las personas y del derecho privado colombiano

en general: si hay un patrimonio autónomo que no cuenta con un propietario persona natural o jurídica, se pregunta: ¿puede contraer derechos y obligaciones? ¿Puede ser representado judicial o extrajudicialmente? ¿Quién responde por las obligaciones? Asuntos que son propios y debatibles para el contexto de la personalidad jurídica no para las cosas o los bienes. El decreto en mención indica en su artículo 1:

“Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aún cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.”

“El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.”

“En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia”⁷.

Decreto que deja abierta la discusión sobre la naturaleza jurídica del patrimonio autónomo en el negocio fiduciario.

De lo descrito, se puede observar que en el derecho colombiano el concepto general de patrimonio aparece como una consecuencia del concepto de persona, razón por la cual siempre se ha indicado que el patrimonio está unido a la personalidad como atributo inherente a ella; es uno

⁷ Decreto 1049 de 2006. Artículo 1.

o único y le es inseparable, siendo como tal, un conjunto de derechos y obligaciones en cabeza de una persona o una universalidad jurídica de naturaleza pecuniaria, para los efectos de este trabajo. A su vez, el concepto general descrito permite que el patrimonio sea considerado como prenda o garantía general de los acreedores como lo enseña el Artículo 2488 del Código Civil Colombiano.

A pesar de las consideraciones anteriores, la existencia legal de figuras como el patrimonio autónomo en el negocio fiduciario y en los fondos de valores, pensiones y cesantías, entre otros, muestra un punto común de partida: la afectación de los bienes a una finalidad determinada en el acto o negocio constitutivo del patrimonio, lo que posibilita su existencia, escindido del patrimonio de su creador y por lo tanto, escindido de la personalidad como ente autónomo.

En un sistema jurídico fundamentado en que los derechos sólo pueden ser ejercidos y contraídos por las personas, surgen preguntas varias como: ¿Puede contraer derechos y obligaciones un patrimonio autónomo? ¿Puede ser representado judicial o extrajudicialmente? ¿Quién responde por las obligaciones? Todo lo anterior se colige del hecho de que el patrimonio autónomo no es persona jurídica y el derecho y sus instrumentos, tanto sustanciales como procesales, se sustentan en la persona natural o jurídica para el desenvolvimiento del mismo.

Decisiones como las de la Superintendencia de Sociedades en el caso de Acerías Paz del Río, la aparición de fiducia sin contenidos patrimoniales en la contratación estatal, leyes como la 550 de 1999 y su remplazo, la 1116 de 2006, y decretos como el 1049 de 2006, muestran que la naturaleza del concepto de patrimonio autónomo y sus efectos en el negocio fiduciario colombiano aún no son claras a la luz del derecho de los bienes y del concepto general de patrimonio, más aún, el concepto general de patrimonio, su naturaleza, contenidos y alcance, quedan en tela de juicio para ser repensados y reconstruidos, habida cuenta del panorama que muestra una de sus especies en la legislación colombiana, el patrimonio autónomo.

Al continuar con la aplicación de los dos conceptos teóricos sobre el patrimonio, sin fundamentación clara, la consecuencia inmediata conduce al yerro en la aplicación jurídica y en la comprensión plena de sus elementos esenciales para la administración fiduciaria, trayendo como consecuencia duda e inseguridad jurídica, lo que se ha traducido en políticas legislativas particulares y contradictorias, fallos y conceptos de autoridades administrativas disímiles y ausencia de claridad sobre los efectos patrimoniales en el negocio fiduciario.

A MANERA DE CONCLUSIÓN: RUTA CRÍTICA Y PROBLEMAS DE LA PERSPECTIVA DOGMÁTICA TRADICIONAL

Definidos los tres contextos anteriores, considero que el concepto de patrimonio autónomo debe revisarse más allá de lo puramente formal, es decir ir más allá de la concepción limitada a los códigos, leyes y jurisprudencia como fórmula definitoria y de cierre del problema. La perspectiva de la dogmática tradicional al abordar los problemas interpretativos trata de buscar la solución en categorías definidas de manera abstracta como puede ser, por ejemplo la determinación de la naturaleza jurídica de una institución, que supone la revisión de normas y la extracción de categorías generales y de definiciones, que no atienden a una perspectiva de contexto que visualice con claridad el entorno de la interpretación por sustraerse a la abstracción; justamente, se trata de esa conexión entre el sistema jurídico y el entorno social, sobre el cual reflexionaba Habermas, de encontrar formas o conceptos cristalizados en la sociedad: uno de los problemas que se percibe en relación con el concepto de patrimonio autónomo, es el de la concepción del derecho y de su aplicación como instrumento que define institutos y derechos como algo estático, cuando sus categorías suponen una serie de estrategias de momento, convenciones y acuerdos que se modifican en el tiempo y que hay que descubrir y desentrañar; no de otra manera se puede proponer un modelo teórico que sustente adecuadamente la práctica

social de una institución jurídica. Al igual que lo indica el profesor PRIETO SANCHÍS, al establecer que:

“(…) tradicionalmente los juristas parecen haber mantenido una tesis esencialista u ontologista, que entiende la tarea definidora como un esfuerzo por desentrañar la naturaleza jurídica de los conceptos, algo así como si los conceptos tuvieran una realidad existencial previa (aunque oscura) que la ciencia hubiera de iluminar (...)” “(...) definir un concepto jurídico consiste entonces en mostrar los criterios empleados por la comunidad lingüística para el uso de un cierto concepto y, en su caso, establecer estipulaciones acerca de cuáles deberían ser esos criterios a fin de lograr una comunicación más precisa y transparente” (Prieto, 2005, P. 288-289).

En ese sentido, la propuesta de investigación tiene un límite temporal, que se sustrae a la problemática descrita en los contextos dos y tres tratados: “aparición formal del negocio fiduciario en Colombia” y el “período de crisis del concepto patrimonial en el negocio fiduciario en Colombia”, por ser los contextos en que aparece por vez primera el modelo de patrimonio autónomo en la legislación causando crisis interpretativa y por ser contextos en los que aparece como insuficiente la interpretación tradicional desde la perspectiva del derecho privado (derecho formal burgués, en términos de Habermas), llevando a revisiones sugeridas por el entorno constitucional y por sustratos del interés general y del derecho público, que exigen otras revisiones y otras fórmulas interpretativas para proponer una dogmática diferente.

Bajo esa perspectiva la hipótesis de trabajo supone que la dogmática del derecho privado actual resulta insuficiente para explicar el entorno pleno de los derechos que regula y para solucionar los conflictos con otros derechos que entran en juego dentro de los marcos operativos del tráfico jurídico mercantil, como sucede en el caso de la fiducia y de su desarrollo patrimonial; esta insuficiencia dogmática, por su alto grado de abstracción y de conceptualización, sin que medien contextos en los que se aplica, trae como consecuencia un efecto nocivo de

desregularización, en dónde enunciados teóricos como propiedad, patrimonio, son utilizados por actores pesados que llenan el contexto en función de sus intereses o sin consultar con los intereses de la sociedad. La ruta crítica planteada permite hacer una verificación inicial de la necesidad de una alternativa dogmática en donde la teoría articule conceptos dentro del marco del derecho público contemporáneo, con una dogmática fina y políticamente clara.

BIBLIOGRAFÍA

Ángel, C. J. (1959). *Legislación Bancaria Colombiana*. Bogotá: Editorial Minerva LTDA.

Alviar, O. (1988). *Instrumentos de dirección monetaria en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores. Bogotá.

Bonilla Maldonado, D. Editor académico. (2009). *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad javeriana.

Echeverri Pérez, L. M. (1994). *Banca Libre: La experiencia colombiana en el siglo XIX*. En: *Ensayos de Historia Monetaria y Constitucional*. SANCHEZ TORRES, compilador. Bogotá: Tercer Mundo Editores, Fedesarrollo y Asobancaria.

González León, C. A. (2001) *El patrimonio autónomo en la contratación fiduciaria en Colombia*. (Tesis inédita de maestría) Universidad Autónoma de Bucaramanga y el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, Bucaramanga, C.

Habermas, Jürgen. (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*. Quinta Edición Madrid: Editorial Trotta.

Kalmanovitz, S. (2004). *La idea Liberal en Colombia durante el siglo XIX*. Versión PDF, en documentos del Banco de la República. Recuperado en: <http://banrep.org/documentos/presentaciones-discursos/pdf/La-idea-federal.pdf>

Ospina Fernández, G. y Ospina, E. (1983). *Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Segunda edición*. Bogotá: Temis.

Prieto Sanchís, L. (2005). *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.

Jurisprudencia Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional, sentencia No. C-086, de marzo 1 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Demanda de Constitucionalidad del artículo 32 de la ley 80 de 1993, ley de contratación estatal.

Laudos Arbitrales

Laudo arbitral del 26 de agosto de 1997, Tribunal de Arbitramento Leasing contra Fiduciaria. Árbitros: Doctores Jorge Suescún Melo, Jorge Cubides Camacho, Antonio Aljure Salame. Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Conciliación y Arbitraje.

Decisiones de Autoridades Administrativas

Superintendencia de Sociedades, AUTO 410 – 7513, de 25 de septiembre de 1998. procedimiento concordatario de la empresa INDUSTRIA ITALO COLOMBIANA DE CONDUCTORES

ELÉCTRICOS ITALCEL LTDA, En el que se declara ineficaz el pago de garantías fiduciarias realizado por FIDUCIARIA DEL PACÍFICO S.A.

Superintendencia de Sociedades AUTO 410-7500 25 de septiembre de 1998. Procedimiento concordatario de la sociedad AUTOS COSACO LTDA. En el que se declara ineficaz el pago de garantías fiduciarias realizado por FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEX

Superintendencia de Sociedades AUTO 410 –7508 de 25 de septiembre de 1998. Procedimiento concordatario de la Sociedad CERÁMICAS CONTINENTAL S.A. En el que se niega la autorización para la enajenación de una garantía fiduciaria por parte de FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.

Superintendencia de Sociedades AUTO 410-6017 de 18 de diciembre de 1995. Procedimiento concordatario de la empresa ACERÍAS PAZ DEL RÍO, en relación con los recursos de reposición interpuestos por SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A., el BANCO DE BOGOTÁ, THE CHASE MANHATTAN BANK, NATIONAL ASSOCIATION y CHEMICAL BANK