

El Patrimonio Autónomo Fiduciario

EN EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL*

Autonomous heritage trust

IN THE PROCESS OF CORPORATE REORGANIZATION

RESUMEN

Este trabajo de avance propone categorías que permiten analizar si el tratamiento que se da a los patrimonios autónomos fiduciarios en la reorganización empresarial (Ley 1116 de 2006) en Colombia, logra la adecuada protección del crédito, por lo cual, para cumplir con el objetivo, se hace revisión documental de antecedentes y legislación, que evidencia en sus conclusiones las dificultades que los efectos patrimoniales del contrato de fiducia representan para su explicación en el Derecho Privado colombiano.

Palabras clave: Fiducia, Reorganización empresarial, Patrimonios autónomos, Protección del crédito.

ABSTRACT

This paper proposes feed categories to analyze whether the treatment given to the fiduciary trust funds corporate reorganization (Law 1116 of 2006) in Colombia, achieves adequate credit protection, therefore, to meet the target background for document review and legislation, which shows in its conclusions the difficulties patrimonial effects represent trust agreement for dogmatic explanation in Colombia private law.

Keywords: Trust, Corporate restructuring, Trust funds, Credit protection.

CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ LEÓN

Estudiante de Doctorado en Derecho de 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
cgonzale@unab.edu.co

* Este trabajo constituye un avance del proyecto de investigación titulado "El patrimonio autónomo fiduciario frente a la adecuada protección del crédito en el proceso de reorganización empresarial", parte de la línea de investigación en tipicidad e interpretación en el Derecho Privado, línea inscrita al grupo de investigación en Teoría del Derecho y Formación Jurídica vinculado al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Recibido:
30 de julio de 2013
Aceptado:
24 de septiembre de 2013

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de avance es parte del proyecto de investigación que sobre el tema del patrimonio autónomo fiduciario frente a la adecuada protección del crédito en el proceso de reorganización empresarial, se adelanta al interior del grupo de investigación en Formación Jurídica y Teoría del Derecho dentro de la línea de investigación en tipicidad e interpretación del Derecho Privado. Este avance busca desarrollar parte del objetivo primero del proyecto, consistente en analizar la legislación que regula la fiducia en la ley de reorganización empresarial, con el fin de determinar categorías de estudio y análisis, por lo que a partir de la revisión documental de antecedentes y legislación, se hacen distinciones y clasificaciones que permitan una posterior guía para la problematización del tema y el análisis de casos.

La primera parte del trabajo muestra la discusión general sobre los efectos patrimoniales del negocio fiduciario en Colombia, para luego revisar las dificultades que representa esa discusión en la antesala de la Ley 550 de 1999, con el fin de establecer parámetros para el análisis de algunos de los temas correlacionados con la reorganización empresarial, Ley 1116 de 2006 y sus reglamentaciones posteriores, frente al contrato de fiducia y sus efectos patrimoniales.

DISCUSIÓN SOBRE LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LA FIDUCIA. UN PROBLEMA DE LA DOGMÁTICA

Con la expedición del Código de Comercio

colombiano, Decreto 410 de 1971, se incorporó al plano de la tipificación formal, el negocio de fiducia mercantil (artículos 1226 a 1244), introduciendo por vez primera la descripción del concepto de patrimonio autónomo para enmarcar con él los efectos que en el orden del derecho de los bienes produce la fiducia.

La fiducia mercantil dispuesta por el legislador requiere de tres elementos estructurales básicos: (I) la presencia de un sujeto calificado, que ejecute la labor profesional de administración fiduciaria (sociedad fiduciaria debidamente autorizada para operar en el mercado)¹; (II) la determinación de la finalidad de la administración fiduciaria, también llamada elemento teleológico del contrato de fiducia, que busca establecer el objeto de la gestión encomendada y por lo tanto coincide con lo que genéricamente se denomina como modalidades del negocio fiduciario. Por último, (III) se encuentra el elemento patrimonial, cuya aparición conlleva dos consecuencias jurídicas sobresalientes: la fiducia mercantil supone la enajenación de bienes o derechos y, en segundo lugar, la enajenación de los bienes tiene como fundamento el desarrollo de los objetivos previstos en el acto constitutivo a través de la conformación de un patrimonio autónomo.

Al lado del contrato mercantil descrito sobrevive un contrato cuyo origen se encuentra en la Ley 45 de 1923: el encargo fiduciario². La

1. CASAS SANZ DE SANTA MARÍA, E. (1997). *La fiducia*. Bogotá: Editorial Temis.

2. RENGIFO GARCÍA, E. (1998). *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

estructura atípica del encargo fiduciario fue asimilada al contrato de mandato antes de la expedición del Código de Comercio vigente (Decreto 410 de 1971). Después de 1971 al encargo se aplica, de la legislación fiduciaria mercantil para efectos de su interpretación, solo lo concerniente a las reglas de la administración fiduciaria en lo compatible, pues tanto antes de 1971, como hoy, la característica básica que permite diferenciar el encargo de la fiducia comercial, consiste en que el elemento real o patrimonial descrito como elemento esencial de la fiducia, no hace parte integral del encargo fiduciario, pues este no conlleva enajenación de bienes y derechos para la administración como parte de su estructura, y por lo tanto no hay formación de patrimonio autónomo alguno³, por eso el encargo fiduciario tiene en su estructura la presencia del elemento personal y del elemento teleológico, mas no el elemento patrimonial propio de la fiducia mercantil.

Descripción del patrimonio autónomo fiduciario

A partir de los efectos legales que produce la constitución de la fiducia mercantil, el legislador colombiano (Decreto 410 de 1971), ha dibujado el entorno descriptivo del concepto patrimonial en el negocio. De una parte indica que por el contrato de fiducia se “(...) transfiere uno o más bienes especificados a otra” (artículo 1226). Esa transferencia de

bienes que hace el constituyente o fideicomitente a la sociedad fiduciaria no hará parte de los bienes propios del fiduciario, pues “(...) deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario (...)” (artículo 1233). Lo anterior supone que los recursos transferidos deberán manejarse a través de cuentas de orden fiduciario, y que, en consecuencia, los acreedores del fiduciario no pueden perseguir, para lograr el pago de las deudas que con ellos tenga la sociedad fiduciaria, los bienes dados en fiducia, porque, justamente, no le pertenecen al fiduciario, bienes que solo se encuentran afectos a la finalidad contractual prevista (artículo 1227), aunque en este sentido, y como consecuencia práctica y ética mayor, la preocupación del legislador debió referirse a que no exista conflicto de intereses en la administración y a que no haya dudas sobre una administración recta y objetiva, que son los enunciados a los que se dirigen las responsabilidades o deberes indelegables de la administración fiduciaria previstos en el artículo 1234 del Código de Comercio.

En relación con el fideicomitente o constituyente, el artículo 1238 del Código de Comercio dispone tres reglas básicas: (I) Los bienes fideicomitados no hacen parte de su patrimonio personal, pues los ha enajenado a título de fiducia; (II) Los acreedores personales del constituyente no podrán perseguir los bienes dados en fiducia, pues al enajenarlos no le pertenecen; (III) la única excepción general para revocar la fiducia, es lo que se ha denominado como acción revocatoria fiduciaria, que tiene su punto de partida en la acción pauliana: haber constituido la fiducia con posterioridad a las deudas que se persiguen.

3. Este trabajo se concentrará en la fiducia mercantil, sin embargo, resulta importante para el desarrollo de algunos aspectos del concurso la distinción, pues casi siempre suelen reglarse en conjunto los dos temas por ser de la órbita natural del trabajo de la administración fiduciaria.

Sobre este particular se deben ofrecer dos explicaciones breves: Se ha indicado que la acción contenida en el artículo 1238 del Código de Comercio, es una excepción general del régimen de acciones revocatorias, para separarla de otras posibilidades de revocación, que aquí denominaremos formas de revocación especiales, como es el caso de las acciones de revocación, simulación y paulianas propias de los trámites concursales.

En segundo lugar, la acción revocatoria fiduciaria supone la revisión de algo más que el momento en que se contrató la fiducia: al igual que sucede con la acción pauliana⁴, al revisar el elemento objetivo o daño (*eventos damni*), debe demostrarse que el contrato de fiducia celebrado es el causante del desequilibrio patrimonial que exige la reconstrucción del patrimonio del deudor (fideicomitente) y, por lo tanto, que este no cuenta con más bienes que permitan cubrir sus obligaciones con los accionantes. Esta acción especial no exige, por lo tanto, demostrar la connivencia o elemento subjetivo que sí se requiere en la acción pauliana general⁵.

Estos efectos descritos hacen que el concepto patrimonial se consolide en lo que el artículo 1233 del Código, establece al enunciar que los bienes fideicomitidos “(...) forman un patrimonio afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.”

4. PETIT, E. (1983). *Tratado elemental de Derecho romano*. Buenos Aires: Editorial Albatros.

5. Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Jurídica Básica 007, 1996. Disponible en: <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/NormasyReglamentaciones/cir007.htm>

En conclusión, la descripción legal que se hace del patrimonio autónomo permite indicar que es una universalidad jurídica en el más estricto sentido⁶, que se caracteriza por no tener propietario (la fiduciaria es solo su administradora o vocera, quien además no debe mezclar los bienes fideicomitidos con los propios, por eso los acreedores de la fiduciaria no pueden pagarse con ellos deudas adquiridas por esta), y en segundo lugar, porque los bienes fideicomitidos no pertenecen al fideicomitente, pues los ha enajenado a título de fiducia y por lo tanto sus acreedores solo podrán perseguir los rendimientos que la fiducia produzca y de los cuales el constituyente sea beneficiario directo.

Las modalidades del negocio fiduciario

Resulta indispensable para la comprensión adecuada de las implicaciones del régimen de concursos y de liquidación en materia de fiducia, revisar brevemente dos temas: la administración fiduciaria como elemento teleológico y las modalidades en que se presenta esa administración.

Al hacer una revisión del negocio fiduciario lo primero que aparece es que es una modalidad especializada de administración. Toda fiducia supone administración y por lo tanto sus posibilidades y alcance dependen de las áreas de trabajo de cada fiduciaria y de la imaginación acerca de lo que son o pueden ser los negocios. Esa administración conlleva (I) la determinación de una finalidad específica,

6. BIONDO, B. (1961). *Los bienes*. Barcelona: Editorial Bosch.

es decir la clara especificidad del para qué se administra y, (II) la enajenación de los bienes que se entregan en administración a través de la formación del patrimonio autónomo.

Sin embargo, a pesar de lo ya indicado, podríamos categorizar una doble modalidad dentro del marco de la administración⁷, para los efectos de nuestro estudio: La determinación del elemento teleológico es lo que permite distinguir las modalidades del negocio fiduciario. En este punto, aparece una primera categoría de negocio, que podríamos denominar como administración general de bienes y valores, en donde caben la administración de fondos de dinero, y la administración de bienes y negocios, entre ellos se encuentran las denominadas fiducias para la administración de proyectos inmobiliarios de construcción⁸.

En segundo lugar, las fiducias constituidas con fines de garantía y pago de obligaciones contraídas por el fideicomitente, denominadas fiducias de garantía y fuentes de pago. En esta última modalidad, la responsabilidad de la fiduciaria es triple: debe asegurarse de avalar correctamente los bienes que se enajenan como garantía y entregar los certificados de garantía a los beneficiarios del contrato; debe mantener esos bienes en vigencia del contrato; debe realizar la garantía cuando los beneficiarios de la fiducia (acreedores del

constituyente) presenten sus certificados de garantía ante el incumplimiento del deudor fideicomitente⁹.

En la fiducia de garantía el constituyente al celebrar el negocio lo que hace es enajenar bienes (en el amplio sentido del término) para que, al conformarse el patrimonio autónomo, estos bienes queden en administración fiduciaria en garantía del cumplimiento de obligaciones de quienes serán beneficiarios de la garantía (bancos, personas naturales o jurídicas, incluso, otros patrimonios autónomos). Luego, al celebrar un contrato de fiducia en garantía de pago, los bienes del constituyente, al ser enajenados a título de fiducia, han salido de la esfera jurídica patrimonial del fideicomitente y conformado un patrimonio autónomo dispuesto al pago de sus beneficiarios en el evento del incumplimiento prestacional garantizado. Este punto resulta trascendental para entender la problemática que aquí se presenta.

TRATAMIENTO EN LA LEY 550 DE 1999. OBSERVACIONES PRELIMINARES

La Ley 550 de 1999 buscó desarrollar los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 333 y 334 de la Constitución, con el fin de salvar a la empresa en crisis si esta es viable¹⁰. La crisis económica nacional de la segunda mitad de los años 90, así como la

7. Nos separamos aquí de las clasificaciones que hizo la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, de Colombia.

8. GONZÁLEZ LEÓN, C. A. (2001). *El patrimonio autónomo en la contratación fiduciaria en Colombia*. Universidad Autónoma de Bucaramanga-Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, Bucaramanga.

9. MANRIQUE NIETO, E. (1998). *La fiducia de garantía*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

10. REYES VILLAMIZAR, F. (1996). *Reforma al régimen de Sociedades y Concursos*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

necesidad de reactivar la economía y de promover el salvamento del empleo y la riqueza que promueve la actividad del empresario, condujeron a la presentación del proyecto, discusión y expedición de la ley. El acuerdo de restructuración, de naturaleza contractual tenía como objetivos corregir deficiencias operativas de las empresas y definir mecanismos para lograr la atención de las deudas del empresario (artículo 5).

La antesala de esta ley, para el tema fiduciario, fue en especial, la dificultad que representaba frente al concurso, la modalidad de fiducia en garantía. Las razones principales para ese problema se derivaron de los efectos patrimoniales del negocio y de su carácter estructural. Como ya se indicó, el empresario que accede a la fiducia de garantía, busca otorgar a sus acreedores cobertura frente al incumplimiento de las obligaciones. En este contrato las partes son: el empresario constituyente, el fiduciario y, el o los beneficiarios, quienes son acreedores del empresario constituyente. La fiduciaria avalúa los bienes dados en garantía, se procede a la formación del contrato (por ejemplo, si la garantía es sobre un inmueble, se avalúa el bien, y para constituir el contrato se eleva a escritura pública y se registra con el fin de trasladar el dominio, todo ello como forma constitutiva contractual, siguiendo el mandato del artículo 16 de la Ley 35 de 1993), luego se entrega a los acreedores del constituyente, por ejemplo, bancos, el o los certificados de garantía, que permiten exigir, en caso de incumplimiento, la realización de la garantía por parte de la sociedad fiduciaria, con el fin de solucionar el pago.

En este marco histórico, la principal ventaja de esta modalidad de contrato se logra con la enajenación del bien o bienes entregados en fiducia, pues dejan de hacer parte del patrimonio de la empresa fideicomitente para integrar un patrimonio autónomo administrado por la fiduciaria. Este carácter mejora, en principio, la calidad de las garantías hipotecarias y prendarias, que requieren para su realización de un proceso ejecutivo con posibles excepciones y con la necesidad procesal y práctica del remate judicial. La fiducia de garantía no. Basta con la presentación del certificado de garantía a la fiduciaria por parte del acreedor beneficiario afectado para que se realice la garantía sin necesidad de discusión judicial alguna.

En épocas de crisis este tipo de contrato resultó una fórmula especial para dos tipos de situaciones: (I) garantizar obligaciones a las instituciones financieras que otorgaran crédito al empresario sin necesidad de recurrir a procesos judiciales, y (II) trasladar activos de la empresa en dificultades a un negocio fiduciario para eludir las exigencias del concurso y en particular, el respeto a los principios de trato igual a acreedores y de universalidad. La razón aparece como evidente: el empresario ha sacado de su activo bienes que pueden ser esenciales para dar viabilidad a un proceso de restructuración o a uno de liquidación, según sea el caso y el supuesto¹¹. Cualquier decisión que se tome por las autoridades del concurso frente al contrato de fiducia tendrá una serie

11. Este es el caso de Acerías Paz del Río. Auto proferido por la Superintendencia de Sociedades. 410-3480 de 4 de junio de 1997.

de elementos referidos a la aplicación rígida del Derecho Privado frente a los intereses del concurso: derechos adquiridos por el contrato, cumplimiento de deberes de ejecución de la fiducia por parte del fiduciario, constitución de un patrimonio autónomo y enajenación de bienes dados en fiducia, por lo tanto, por fuera de la masa de bienes del concurso, entre otros.

La calidad, además, del acreedor beneficiario de la fiducia, hasta antes de la expedición de la Ley 550 de 1990, era la de un acreedor quirografario, aun cuando la Superintendencia en el Concurso de Acerías Paz del Río (ver nota 5) lo asimiló a acreedores hipotecarios, medida que la Ley recogió y que hasta hoy se mantiene.

La Ley 550 de 1999 está impregnada de ese antecedente problematizador: cómo manejar el negocio fiduciario y en particular la fiducia de garantía. Podríamos pensar que el legislador debió pensar sobre los siguientes temas para ser tenidos en cuenta en la ley, según lo que en ella aparece: a) negocios fiduciarios de administración (según los criterios adoptados en nuestro texto) para el desarrollo de la empresa), b) negocios fiduciarios de garantía y, negocios fiduciarios constituidos en desarrollo del acuerdo.

Sobre el tema de las garantías (que fue al que más importancia se le dio), debe recordarse que la ley previó dos opciones para los acreedores: que se hicieran parte del acuerdo o que optaran por seguir con la ejecución. En el segundo caso, el legislador ordenó que los acreedores quedaran sujetos a lo que se

decidiera en el acuerdo de reestructuración sin poder decidir ni hacer parte activa de él. Desde esa perspectiva, al iniciar el acuerdo y durante los cuatro meses de su negociación, se prohibía el inicio de procesos de ejecución y se ordenaba la suspensión de los que estuvieran en curso, así como la interrupción de prescripciones y suspensión de caducidad de las acciones respecto de créditos a cargo del empresario. En relación con la fiducia de garantía y encargos fiduciarios, se ordenó, una vez informaren al promotor sobre la posibilidad de efectuar o no del acuerdo (es decir, de efectuar la garantía o de negociar), la prohibición de realizar los bienes entregados como garantía.

Durante el acuerdo el empresario debía pagar los gastos administrativos de manera preferente (entre ellos ejecuciones de fiducias de administración, constituidas para el desarrollo del giro ordinario de la actividad empresarial, por ejemplo), pero no podía constituirse ni ejecutarse ningún tipo de garantías sobre bienes del empresario (lo cual incluye a las fiducias de garantía o encargos fiduciarios). Si la fiducia era constituida para la administración o para la garantía entonces debían seguirse las reglas del artículo 17 de la ley, en este caso, solicitud por escrito a la Superintendencia de Sociedades manifestando urgencia, necesidad o conveniencia de la operación. Solo se excluyó de ese principio a la fiducia con fines de titularización.

LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS CON LA REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

La Ley 1116 de 2006 que sustituyó a la 550 de

1999, estableció un “régimen de insolvencia empresarial” que tiene como objeto (artículo 1) “(...) la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.” Este amplio objetivo se logra a partir de dos instrumentos: la reorganización y la liquidación judicial, el primero a través de un acuerdo que busca “(...) preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos” y el segundo, a través de un proceso de liquidación que logre el pago de manera “(...) pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor”.

La Ley de reorganización recoge algunos de los elementos contenidos en la Ley 550 de 1999 en relación con el contrato de fiducia mercantil, ampliándolos para integrar otras modalidades del contrato a la regulación de los procesos de reorganización y, en particular, estableció un tratamiento especial para aquellas fiducias cuyos patrimonios autónomos se encuentren afectos a actividades empresariales que tengan por “(...) objeto principal adelantar en forma organizada la administración o custodia de bienes destinados a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios”¹².

12. República de Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 1038 de 2009. Por el cual se reglamentan los artículos 2, 12, 17, 34, 55, 67, 74, 76 y 78 de la Ley 1116 de 2006. *Diario Oficial* No. 47304 de marzo 27 de 2009, artículo 1.

La Ley 1116 de 2006 sigue la línea de la legislación concursal colombiana, que respeta la estabilidad y la fuerza normativa de los contratos, de lo cual se desprenden cuatro consecuencias básicas: (I) el sometimiento de las partes al contrato tiene la misma fuerza obligatoria que la sujeción a la ley; (II) el contrato obliga a las partes y al juez, que no puede desconocer la voluntad de los contratantes; (III) los contratos deben cumplirse de buena fe; y, (IV) únicamente el acuerdo de los mismos contratantes o el legislador mediante causas expresamente previstas en normas positivas, pueden afectar la validez o privar de sus efectos al contrato¹³.

En materia de fiducia (fiducia mercantil y encargos fiduciarios), la ley en su artículo 17 establece que:

“se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de

13. ISAZA UPEGUI, A. y LONDOÑO RESTREPO, A. (2008). *Régimen de insolvencia empresarial*, comentarios a Ley 1116 de 2006. Bogotá: Legis.

los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido”¹⁴.

Esta prohibición solo se puede superar con la autorización expresa del juez del concurso.

Debe observarse que no se ordena la terminación contractual sino que solo se prohíbe la práctica de los eventos enunciados en la ley, por lo que, un primer efecto es el mantenimiento del principio de la continuidad contractual consagrado en el artículo 21 de la ley: “por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato”, en consecuencia (incluidos aquí los negocios fiduciarios), los contratos que al inicio del proceso de reorganización se encontraran vigentes deberán ser respetados por quienes contrataron con el deudor, quienes a su vez no quedan facultados para obtener su terminación, por lo que el deudor está llamado a respetar el contrato para evitar el absurdo de que la ley obligara a uno solo de los contratantes a cumplir con sus obligaciones contractuales. Sin embargo, los contratantes acreedores frente al incumplimiento contractual, siguen manteniendo sus derechos y los efectos que se deriven de ellos, al no quedar

privados de la posibilidad de ejercer las acciones contempladas en la ley: El concurso no subsana el incumplimiento.

En este punto se debe recalcar que la ley en materia de garantías fiduciarias establece que “(...)1. Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa.” Además de indicar que “(...) 2. Durante la vigencia del acuerdo queda suspendida la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias, constituidas por el deudor. La posibilidad de hacer efectivas tales garantías durante dicha vigencia, o la constitución de las mismas, tendrá que pactarse en el acuerdo, con la mayoría absoluta de los votos admisibles, adicionada con el voto del beneficiario o beneficiarios respectivos” (Artículo 43)¹⁵. Siguiendo así las mismas directrices de la Ley 550 de 1999 sobre el particular.

En el caso del concurso liquidatorio (proceso de Liquidación Judicial), su apertura, trae como consecuencia la terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, así como también de los contratos de fiducia y de los encargos fiduciarios constituidos con fines de garantía, exceptuando la posibilidad

14. Congreso de la República de Colombia, Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006.

15. *Ibidem*.

de que se continúen ejecutando aquellos contratos necesarios para la preservación de los activos, si media para ello autorización por parte del juez del concurso.

En relación con el contrato de fiducia, la ley dispone la (I) finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes y la (II) la restitución de los activos que conforman el patrimonio autónomo a la masa de bienes pertenecientes al deudor, advirtiendo que harán parte de la liquidación las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo, de conformidad con las prelación de ley aplicables al concurso.

Estas normas –sobre terminación de los contratos– aplican también en el caso del proceso de adjudicación a que puede dar ocasión (a) el fracaso de la negociación del acuerdo de reorganización; o (b) cuando, transcurridos dos meses contados a partir de la fecha en que estén en firme el auto de calificación y graduación de créditos y el inventario y avalúo de los bienes, el liquidador no haya logrado la venta de la totalidad de ellos.

El patrimonio autónomo y el concepto de empresa. Algunas distinciones y categorías adicionales

Como ya se indicó, la Ley 1116 de 2006, previó la posibilidad de que las situaciones de concurso que abren la puerta al trámite de insolvencia, estuvieran en cabeza de un patrimonio autónomo afecto a una finalidad

empresarial, lo cual permite que el concepto de empresa, en cualquiera de sus manifestaciones pueda ser desarrollado a través de un negocio fiduciario mercantil. Este solo hecho, trae consigo el reconocimiento de una realidad que por vía legal no se encontraba tipificada por la ley colombiana, consistente en que no fuera una persona natural o jurídica la que desarrolla los contenidos básicos de la empresa tal como se concibe en la legislación mercantil. Un modelo de negocio o una parte de él, puede ser perfilado por vía de la conformación de un patrimonio autónomo y de su correspondiente administración, encontrándose sus objetivos insertos dentro del acuerdo fiduciario suscrito.

Frente a esta particular consideración sobre los patrimonios autónomos como forma de desarrollo de empresa consideramos deben hacerse dos tipos de distinciones para su estudio:

- (1) Primera categoría de distinciones. En términos del tratamiento que hace la Ley 1116 de 2006, deben revisarse dos situaciones diferentes en relación con el contrato de fiducia: a) La primera situación se refiere al tratamiento que se da a las modalidades de negocio fiduciario en el trámite de insolvencia: esto significa que si la empresa ha entrado en insolvencia y tiene para la ejecución de sus negocios contratos de fiducia, se debe prever qué sucede con ellos; b) En segundo término, se ha de observar cómo opera el régimen patrimonial, particularmente en el caso de fiducias en la modalidad de garantía de pago, como ha venido siendo la preocu-

pación tradicional que llevó a lo recogido en la Ley 550 de 1999. En este caso, se responde a la pregunta de si los bienes hacen parte o no de los bienes excluidos de la masa del concurso o si se encuentran afectos a este, como sucede con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, sobre bienes excluidos.

- (II) Segunda categoría de distinciones: En esta categoría se deben observar dos situaciones referidas a la posibilidad de que el concepto de empresa se desenvuelva a través de patrimonios autónomos fiduciarios: a) La posibilidad de que un patrimonio autónomo fiduciario que se encuentra afecto a actividades empresariales pueda solicitar la aplicación del trámite de insolvencia, que anteriormente solo se tenía previsto para las personas y no para un régimen de bienes por afectación, por lo que todos los efectos previstos en la primera categoría de distinciones se aplicarían a este caso y, b) la posibilidad de que se vincule en el trámite a deudores que guarden una relación de control o de matriz o subordinada en relación con el patrimonio.

El patrimonio autónomo y la personalidad

El Decreto 1038 de 2009 busca reglamentar temas correlacionados con estos tipos de distinciones ofrecidas por la nueva situación prevista en la Ley 1116 de 2006¹⁶. Para lo cual

prevé que los patrimonios autónomos sujetos a actividades empresariales deben cumplir con los supuestos de admisión generales, en términos de demostrar la cesación de pago y/o la incapacidad de pago inminente. Para el caso en que el acuerdo se realice, este no podrá establecer plazos de cumplimiento superiores al término del contrato de fiducia mercantil, ni superiores a los previstos en la ley.

Tanto la Ley 1116 como el Decreto 1038, dan un avance en la tensión constante entre el concepto de persona y sus atribuciones frente al desarrollo de los contenidos del concepto de patrimonio, que ha tenido particulares dificultades y desarrollos. El Derecho colombiano ha tratado el tema del patrimonio como asociado al de la personalidad, bajo la concepción de que persona y patrimonio se encuentran unidos y por lo tanto, no puede haber patrimonio sin persona ni persona sin patrimonio¹⁷. Por supuesto, el concepto de fiducia mercantil introducido por el Código de Comercio de 1971, hizo evidente el problema con la aparición formal de los patrimonios autónomos, que no cuentan con un propietario, persona natural o jurídica, pues han sido enajenados y la sociedad fiduciaria es solo su administradora.

En principio este problema es meramente teórico, sin embargo, cuando se revisa desde la óptica del Derecho Procesal se evidencia aún más la dificultad: si la empresa se desarrolla a través de un patrimonio autónomo, lo cual quiere decir que la sociedad fiduciaria

16. El Decreto reglamenta los artículos 2, 12, 17, 34, 55, 67, 74, 76, y 78 de la Ley 1116 de 2006.

17. GONZÁLEZ, *op. cit.*

ejecuta acciones dispuestas en el contrato de fiducia, para lograr con su gestión los cometidos empresariales, ¿cómo se legitiman en un proceso, por activa o por pasiva, las eventuales demandas que por vía judicial haya que atender para el cumplimiento cabal de lo contratado?

El patrimonio autónomo, no es persona jurídica, y la fiduciaria es una mera administradora¹⁸. Profesores de Derecho Procesal Civil colombiano habían dado solución al problema indicando que los patrimonios autónomos son una categoría especial de sujetos de derecho e incluso haciendo afirmaciones como esta: “(...) no vemos argumento sólido alguno para no dar cabida al patrimonio autónomo en la categoría de las personas jurídicas, ya que su estructura y modo de actuación en el mundo del negocio jurídico es idéntico”¹⁹.

Debe observarse que lo que se quiere saber, en términos prácticos es a quién se demanda o quién puede contestar legítimamente la demanda y demandar, si el patrimonio autónomo (que no es persona) o la sociedad fiduciaria que lo administra. Para tal efecto en el año 2006, se expidió el Decreto 1049 (hoy derogado por el artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010 normativos), artículo que mantuvo

iguales contenidos), que en un artículo único reglamentó los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio, que hacen referencia a la separación patrimonial entre los bienes fideicomitidos y los bienes propios de la fiduciaria como persona jurídica, y tratan sobre los deberes indelegables de la administración fiduciaria, respectivamente. En el Decreto se establece que el fiduciario será “vocero y administrador” como elemento determinante de su legitimación y que por lo tanto siempre deberá expresar esa calidad. Determinación que consideramos innecesaria y poco clara, entre otras, porque el mismo artículo que se reglamenta (1234) determina que dentro de los deberes indelegables del fiduciario se encuentra, justamente, el de llevar la personería para la defensa y protección de los bienes fideicomitidos²⁰.

En ese sentido, el Decreto 1038 de 2009, establece que el patrimonio autónomo será considerado en el trámite de insolvencia como deudor y que el fideicomitente será denominado administrador (esto incluye situaciones como relaciones de control o subordinación), excluyéndose de ese alcance las situaciones relativas a la administración fiduciaria, deberes indelegables y separación patrimonial, es decir lo previsto en los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio colombiano. Además, al iniciarse el trámite los contratos deberán ser inscritos en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción

18. Debe observarse que el Código General del Proceso, incluye hoy la categoría, sin embargo no hay aún una adecuada solución teórica. Puede revisarse el artículo 53, de la Ley 1564 de 2012, que trata la capacidad para ser parte en el proceso, en donde se incluye a los patrimonios autónomos.

19. LÓPEZ BLANCO, H. F. (1993). *Instituciones del derecho procesal civil colombiano*. Tomo I. Bogotá: Editorial ABC, p. 203.

20. GAITÁN CUESTA, D. P. (2002). *El contrato de fiducia mercantil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere3/tesis01.pdf>

del domicilio del fideicomitente, permitiendo con ello su certificación.

Vinculación simultánea de varios deudores y bienes que no integran el patrimonio a liquidar

A partir de lo dispuesto en el Decreto, se pueden dar vinculaciones con patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales en los mismos términos previstos en el artículo 12 de la Ley 1116 de 2006, es decir, que cuando se solicite el inicio del proceso de reorganización, en este caso, de un patrimonio autónomo afecto a actividades empresariales, este podrá estar referido “simultáneamente a varios deudores” cuya vinculación se deba a la relación de control, subordinación o por ser matriz, o porque, como lo indica la ley, sus capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas jurídicas o naturales. Por lo que para estos casos se encuentra legitimado para presentar la solicitud (i) la fiduciaria como vocera, (ii) el fideicomitente, (iii) quien ejerza influencia sobre el patrimonio, (iv) por el titular de un crédito posterior a la constitución del patrimonio autónomo, vencido, exigible y a su cargo y, (v) por la Superintendencia que supervisa la ejecución del contrato.

Finalmente, el legislador del 2006 establece en el marco de la liquidación una serie de bienes que no integran el patrimonio a liquidar (artículo 55), y sobre ese aspecto se indicó que en materia de negocios fiduciarios el gobierno entraría a reglamentar lo concerniente a los “patrimonios autónomos afectos a acti-

vidades empresariales 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”, (artículo 1)²¹ como efectivamente lo hizo con el Decreto 1038 de 26 de marzo de 2009.

Este decreto dispone la reglamentación por la cual los patrimonios autónomos pueden ser considerados objeto de la reorganización empresarial, asunto que de plano exige una revisión sobre la naturaleza del concurso, porque tras él, rompiendo el esquema clásico de la personalidad jurídica, se está adelantando un proceso a partir del sometimiento de una masa de bienes sin titular, aun cuando el artículo 3 del Decreto en comento, establezca dentro del marco contractual, quiénes deben entenderse como deudor, acreedor interno y administrador, e imponga medidas como el registro mercantil de la operación (artículo 4) y medidas sobre temas tales como vinculación con sociedades matrices, filiales o subsidiarias.

Por esta razón se indicó que “(...) se considera que existe vinculación de un patrimonio autónomo afecto a la realización de actividades empresariales, de quien ejerza influencia dominante en sus decisiones o control sobre el mismo” (Artículo 12)²².

El Decreto 1038 de 2009, al reglamentar el

21. República de Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 1038 de 2009. Por el cual se reglamentan los artículos 2, 12, 17, 34, 55, 67, 74, 76 y 78 de la Ley 1116 de 2006. *Diario Oficial* No. 47304 de marzo 27 de 2009.

22. *Ibidem*.

tema de los bienes excluidos de la masa de la liquidación, contiene una disposición desconcertante en materia de protección del crédito, su artículo 12, al disponer que en materia de fiducia mercantil con fines de garantía:

(...) serán excluidos de la masa de la liquidación los bienes que para obtener financiación el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía, siempre y cuando el respectivo contrato se encuentre inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley. Lo anterior, sin perjuicio de los acuerdos que puedan celebrarse entre el vocero del patrimonio autónomo con fines de garantía y el liquidador, cuando los bienes fideicomitidos hagan parte de la unidad de explotación económica del fideicomitente y esta pueda venderse en los términos del parágrafo del artículo 81 de la Ley 1116 de 2006 (cursiva nuestra).

Esta norma, que solo tiene como excepción el caso de los derechos pensionales, se encuentra totalmente en contravía del sentido de protección que está en la base de la Ley 1116 de 2006 y que tenía su origen en las discusiones previas a la expedición de la Ley de Reestructuración Empresarial del año 1999. Sorprende encontrarla sin un tratamiento teórico coherente frente a los dilemas que la protección del crédito ofrece a los concursos

y por ello debe ser revisada como una categoría especial.

CONCLUSIONES PRELIMINARES

Luego de revisar los problemas que para el Derecho colombiano reviste el concepto de patrimonio autónomo en el negocio fiduciario, y de contrastar las dificultades que representa frente a la dinámica del concurso del comerciante, a la luz de los antecedentes de la Ley 550 de 1999 y de la actual ley de reorganización empresarial, se denotan como categorías para efectos de la revisión del problema las siguientes: (I) primera categoría, distinciones generales: a) Tratamiento general que se da a las modalidades de negocio fiduciario en el trámite de insolvencia; b) Tratamiento al régimen patrimonial fiduciario, particularmente en el caso de fiducias en la modalidad de garantía de pago; (II) segunda categoría de distinciones sobre situaciones referidas a la posibilidad de que el concepto de empresa se desenvuelva a través de patrimonios autónomos fiduciarios: a) Tratamiento del patrimonio autónomo fiduciario que se encuentra afecto a actividades empresariales y que solicita la aplicación del trámite de insolvencia, y b) Tratamiento para la vinculación en el trámite a deudores que guarden una relación de control o de matriz o subordinada en relación con el patrimonio.

Cada una de estas categorías contiene una serie de subpreguntas que deben tenerse en cuenta para la revisión en términos de los siguientes problemas, pues no hay claridad teórica al respecto y resulta indispensable su

respuesta frente a la adecuada protección del crédito: (i) tratamiento del concepto de patrimonio autónomo para la legitimación procesal, (ii) tratamiento del patrimonio autónomo para efecto de la aplicación de acciones de simulación, revocatorias y acciones paulianas, en dos casos: cuando el patrimonio hace parte del desarrollo de actividades empresariales o cuando a través de un patrimonio autónomo se desarrolla la empresa como tal.

Consideramos que estas líneas de trabajo que han sido obtenidas de la revisión de antecedentes de los contenidos normativos propuestos, permiten la sistematización de la estructura del tratamiento del patrimonio autónomo en el régimen de insolvencia empresarial con el fin de estructurar el análisis de casos y la formación de una teoría más sólida que vincule de manera adecuada la estructura del negocio fiduciario al concurso y que, por lo tanto, revise la coherencia de las respuestas que la dogmática ofrece para el tema.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIONDO, B. *Los bienes*. Barcelona: Editorial Bosch, 1961.

CASAS SANZ DE SANTA MARÍA, E. *La fiducia*. Bogotá: Editorial Temis, 1997.

GAITÁN CUESTA, D. P. *El contrato de fiducia mercantil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere3/tesis01.pdf>

GONZÁLEZ LEÓN, C. A. *El patrimonio autónomo en la contratación fiduciaria en Colombia*. Universidad Autónoma de Bucaramanga-Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, Bucaramanga, C., 2001.

ISAZA UPEGUI, A. y LONDOÑO RESTREPO, A. *Régimen de insolvencia empresarial, comentarios a Ley 1116 de 2006*. Bogotá: Legis, 2008.

LÓPEZ BLANCO, H. F. *Instituciones del Derecho Procesal Civil colombiano. Tomo I*. Bogotá: Editorial ABC, 1993.

MANRIQUE NIETO, E. *La fiducia de garantía*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

PETIT, E. *Tratado elemental de Derecho romano*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1993.

RENGIFO GARCÍA, E. *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

REYES VILLAMIZAR, F. *Reforma al régimen de Sociedades y Concursos*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1996.

Decisiones y Circulares de Autoridades Administrativas

Superintendencia de Sociedades de Colombia, 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.

Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Jurídica Básica 007, 1996. Disponible en: <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/NormasyReglamentaciones/cir007.htm>

Leyes y Decretos

Congreso de la República de Colombia, Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006.

Congreso de la República de Colombia, Ley 550 de 1999. Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley. *Diario Oficial* No. 43.940 de 19 de marzo de 2000.

Congreso de la República de Colombia, Ley 35 de 1993. Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Go-

bierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora. *Diario Oficial* No. 40.710 de 5 de enero de 1993.

República de Colombia, Presidencia, Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial* 33.339 de junio 16 de 1971.

República de Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 1038 de 2009. Por el cual se reglamentan los artículos 2, 12, 17, 34, 55, 67, 74, 76 y 78 de la Ley 1116 de 2006. *Diario Oficial* No. 47304 de marzo 27 de 2009.

República de Colombia, Presidencia, Decreto 1049 de 2006. Por el cual se reglamentan los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio. *Diario Oficial* No. 46233. de 6 de abril, de 2006.

República de Colombia, Presidencia, Decreto 2555 de 2010. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 47771 de julio 15 de 2010.