

# Análisis de los “Bonos de Agua” en Colombia desde el Derecho Financiero Vigente\*

## Analysis of “Bonos de Agua” in Colombia from Current Financial Law

*Edilberto Melo Rubiano*\*\*

*Juliana Medina Garrido*\*\*\*

Cómo citar este artículo: Melo Rubiano, E. y Median Garrido, J. (2021). Análisis de los “Bonos de Agua” en Colombia desde el Derecho Financiero Vigente. *Verba Iuris*, 17(46), pp. 85-103.

Fecha de Recepción: 25 de enero de 2021 • Fecha de Aprobación: 25 de mayo de 2021

Reception date: January 25 of 2021 • Approval date: May 25 of 2021

- \* El presente artículo es producto del proyecto de investigación “*Contratación Financiera Contemporánea*” adscrito a la línea de investigación “*Estudios En Derecho Privado*” del grupo de investigación “*Estudios En Derecho Privado*” de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.
- \*\* Abogado de la Universidad Santo Tomás. Con estudios en Historia y Odontología de la Pontificia Universidad Javeriana. Magister (c) en Bioética de la Pontificia Universidad Javeriana. Postgrado (c) en Innovación Legal en la Universidad Externado de Colombia. Docente universitario, litigante en Derecho Privado y Arbitraje Comercial y Societario. Investigador en Derecho Privado y Transformación Digital de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Miembro del Colectivo Académico José María Bochenski, O.P. de la Universidad Santo Tomás. CvLAC: <https://acortar.link/IqAjTZ>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0112-0509>. Google Académico: <https://acortar.link/cBRnCL>.
- \*\*\* Abogada de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Candidata a especialista en Derecho Comercial en la Universidad Externado de Colombia. Cuenta con experiencia en análisis de laudos arbitrales en derecho público, e investigación acerca de normas, jurisprudencia y doctrina vigente relacionada con el régimen de Contratación Estatal. Experta en lineamientos académicos y logísticos para la realización de Planes de formación de la Rama Judicial en el área laboral, Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y Contencioso administrativo. Litigante y consultora en Derecho comercial y Derecho laboral. CvLAC: <https://acortar.link/fRjhbz>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0954-6849>. Google Académico: [https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=q\\_-cnMcAAAAJ](https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=q_-cnMcAAAAJ).
- \* This article is the product of the research project “contemporary financial contracting” attached to the research line “Studies in Private Law” of the research group “Studies in Private Law” of the Faculty of Law of the Santo Tomás University.
- \*\* Lawyer from the Santo Tomás University. With studies in History and Dentistry from the Pontificia Universidad Javeriana. Magister (c) in Bioethics from the Pontificia Universidad Javeriana. Postgraduate (c) in Legal Innovation at the Externado de Colombia University. University professor, a litigator in private law and commercial and corporate arbitration. Researcher in Private Law and Digital Transformation at the Universidad Santo Tomás Law School. Member of the Academic Collective José María Bochenski, O.P. from the Santo Tomás University. CvLAC: <https://acortar.link/IqAjTZ>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0112-0509>. Google Scholar: <https://acortar.link/cBRnCL>.
- \*\*\* A lawyer from the Faculty of Legal Sciences of the Pontificia Universidad Javeriana. Candidate for a specialist degree in Commercial Law at the Externado de Colombia University. He has experience in the analysis of arbitration awards in public law, and research on norms, jurisprudence, and current doctrine related to the State Contracting regime. Expert in academic and logistical guidelines for the realization of Training Plans for the Judicial Branch in the labor area, Alternative Mechanisms for Conflict Resolution, and Administrative Litigation. Litigator and consultant in commercial law and labor law. CvLAC: <https://acortar.link/fRjhbz>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0954-6849>. Google Scholar: [https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=q\\_-cnMcAAAAJ](https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=q_-cnMcAAAAJ).

## Resumen

El presente artículo es un análisis jurídico realizado al caso conocido en los medios de comunicación como “Bonos de Agua” que consistió en un esquema de financiación usado para recaudar recursos entre el público y prestarles a 117 municipios durante un plazo inmodificable de 19 años y con una tasa de interés de UVR +11% E.A, con el fin de brindarle la posibilidad a cada uno de los municipios de construir un sistema de acueducto y alcantarillado propio.

De esta manera del análisis se evidenciaron diversos problemas jurídicos, entre los cuales: i) falencias de supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC); ii) la no posibilidad del patrimonio autónomo de ejercer actividades de intermediación financiera, pues esta facultad solo es dable de forma exclusiva de los establecimientos de crédito, y iii) vicios de ilicitud en el objeto y en la causa del negocio jurídico y desconocimiento de los límites de la autonomía de la voluntad.

De esta manera, se logró observar que el negocio jurídico de la emisión de los “Bonos de Agua” presentó desde su configuración serios vicios que violando normas imperativas del orden colombiano generaban nulidad y por tanto imposibilidad de ejecución del patrimonio autónomo, además de otras consecuencias que en adelante se explican.

**Palabras Clave:** Autonomía Privada de la Voluntad, Contratación Financiera, Patrimonio Autónomo, Recursos Públicos, Normas Imperativas, Responsabilidad Pública, Responsabilidad Privada.

## Abstract

This article is a legal analysis of the case known in the media as “Bonos de Agua” which consisted of a financing scheme used to raise resources from the public and lend to 117 municipalities during an unchangeable period 19 years old and with an interest rate of UVR+11% EA, to provide the possibility to each of the municipalities to build their aqueduct and sewerage system.

During the development of the analysis, various legal problems were evidenced such as i) weaknesses in the control exercised by the Financial Superintendence of Colombia (SFC), ii) the non-possibility of the autonomous patrimony to carry out financial intermediation activities, as this is only possible exclusively of credit establishments, and iii) defects of illegality in the object in the cause of legal business and ignorance of the limits of the autonomy of the will. In this way, it was possible to observe that the legal business of the issuance of the “Water Bonds” presented, from its configuration, serious vices that violating imperative norms of the Colombian order generated nullity and therefore the impossibility of execution of the autonomous heritage, in addition to other consequences which are explained below.

**Keywords:** Private Autonomy of the Will, Financial Contracting, Autonomous Heritage, Public Resources, Mandatory Rules, Public Responsibility, Private Responsibility.

## Introducción

El presente artículo expone un análisis jurídico realizado al caso de la emisión de bonos<sup>1</sup> por parte del “Patrimonio Autónomo Grupo Financiero de Infraestructura 2008-1 (GFI 2008-1)” y “2010 (GFI 2010)” con el objeto de adelantar una emisión de bonos ordinarios y, con estos recursos, otorgar créditos a las Entidades Territoriales. Dicho caso, más conocido en los medios de comunicación como “Bonos de Agua” consistió en un esquema financiero de recaudo de recursos del público y poder prestar \$440.637 millones de pesos a 117 municipios durante un plazo inmodificable de 19 años y con una tasa de interés de UVR +11% E.A, con el supuesto fin de brindarle la posibilidad a cada uno de los municipios de construir un sistema de acueducto y alcantarillado propio.

Durante el desarrollo del análisis y como se observa más adelante, se evidenciaron diversos problemas jurídicos entre los que se encuentran: i) falencias de supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC); ii) el Grupo Financiero de Infraestructura (GFI) no podía ejercer actividades de intermediación financiera, pues esta solo lo es de forma exclusiva de los establecimientos de crédito<sup>2</sup>; iii) los patrimonios autónomos 2008-1 (GFI 2008-1) y 2010 (GFI 2010) comenzaron a funcionar con un capital de apenas \$1.000.000, cuando el mínimo por Ley para ese momento era de diecisiete mil millones

cuatrocientos cinco pesos (\$17.405.000), y iv) los alcaldes para garantizar el pago de los préstamos dados en el marco del patrimonio autónomo configuraron garantía a favor de este desde los recursos del Sistema General de Participaciones pagados directamente por el Ministerio de Hacienda a plazos extensos e irracionales, instrumento de garantía que no tenía asidero en las normas aplicables.

En tal sentido, se logró observar que el negocio jurídico en mención presentó desde su configuración serios vicios que violando normas imperativas<sup>3</sup> del orden colombiano<sup>4</sup> generaban nulidad y por tanto imposibilidad de ejecución del patrimonio autónomo, además de otras consecuencias que en adelante se explicaran a fondo.

## La Capacidad Jurídica (art. 29 EOSF) en el Negocio de “Bonos de Agua”

De conformidad con el art. 287 constitucional, las entidades territoriales gozan de autonomía para la administración de sus recursos. Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto:

*“[L]a autonomía, por una parte, se encuentra limitada en primera instancia por el principio de unidad, en virtud del cual, debe existir una uniformidad legislativa en todo lo que tenga que ver con el interés general nacional, puesto*

<sup>1</sup> El art. 752 del C. Co preceptúa: “Los bonos son títulos-valores que incorporan una parte alícuota de un crédito colectivo constituido a cargo de una sociedad o entidad sujetas a la inspección y vigilancia del Gobierno”, a su vez el art. 753 de la misma norma establece los requisitos que contendrán los bonos.

<sup>2</sup> Según el art. 2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) son: “las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito”.

<sup>3</sup> “Son las relacionadas con temas de orden constitucional (art. 4 de la actual carta política) y orden público, por ejemplo la seguridad del Estado, las normas procesales (art. 13 del Código General del Proceso), los intereses de terceros, las buenas costumbres (art. 16 del C.C.) y la moralidad en el ejercicio de los negocios” (Melo Rubiano, 2015, pp. 15-16).

<sup>4</sup> El ordenamiento jurídico les provee de capacidad de goce en tanto titulares de derechos y obligaciones (Baena, 2013), su calidad de sujetos jurídicos es de naturaleza especial (arts. 1227 y 1233 del C. Co), y la Ley procesal les reconoce para ser parte (numeral 2 del art. 53 del C.G.P.)

*que la naturaleza del Estado unitario presume la centralización política, que exige unidad en todos los ramos de la legislación y en las decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional, así como una administración de justicia común. La unidad, a su vez, se encuentra limitada por el núcleo esencial de la autonomía territorial”* (Sentencia C- 837 de 2001).

De igual manera, los entes territoriales, en virtud del art. 11 literal b) de la Ley 1176 de 2007 están facultados para utilizar los recursos del Sistema General de Participaciones (en adelante SGP) para inversión y mejoramiento del servicio de agua potable y saneamiento básico, acudiendo a diversas figuras negociales entre las cuales se encuentra la fiducia mercantil a través de la constitución de un patrimonio autónomo según reza el art. 34 del Decreto 1040 de 2012:

*“Cuando los departamentos, municipios y distritos lo soliciten, [...] el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio girará directamente los montos autorizados de los recursos que le corresponden del Sistema General de Participaciones para agua potable y saneamiento básico, a los prestadores de los servicios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, a los patrimonios autónomos o a los esquemas fiduciarios que se constituyan para el manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones para agua potable y saneamiento básico [...]”* (subraya no original).

Conforme a lo predicho, se evidencia que las entidades territoriales que participaron en la constitución y ejecución del patrimonio autónomo tenían la capacidad legal<sup>5</sup> para desarrollar dichos negocios en la búsqueda de la mejora de las condiciones y prestación del servicio de saneamiento básico a las diferentes poblaciones

<sup>5</sup> Reza el inciso 2 del art. 1502 C.C.: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.

locales<sup>6</sup>. Por ello, en 2009 se crea el Grupo Financiero de Infraestructura conformado por Alianza Fiduciaria (vocero del patrimonio autónomo y emisor de los bonos), Konfigura Capital Ltda., y diversos municipios que se interesaron por dicha figura (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2012).

Así, el grupo en mención organizó un sistema denominado “Bonos de Agua” el cual tenía por objetivo recaudar recursos económicos para financiar proyectos de inversión en agua potable y saneamiento por medio de la venta de bonos en el mercado de valores, siendo el encargado de realizar dicha transacción Alianza Fiduciaria. A su vez que los entes territoriales se obligaron a suscribir dos contratos, el primero de crédito, y el segundo de cesión de derechos, este último consistente en ceder al patrimonio autónomo los recursos girados por el Ministerio de Hacienda, y que por virtud del SGP tenían derecho y que equivalía a una alícuota del 5.4% (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2012).

## ¿Existió Objeto y Causa Lícita? ¿Existió Patrimonio Autónomo?

En el caso de los “Bonos de Agua” es dable mencionar que la figura jurídica utilizada fue un patrimonio autónomo acudiendo a lo previsto por el Código de Comercio en su art. 1226<sup>7</sup> y

<sup>6</sup> Actualmente se encuentra regulada por el art. 110 del Estatuto Orgánico de Presupuesto que recientemente fue reformado por el art. 124 de la Ley 1957 de 2019.

<sup>7</sup> “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios..”

siguientes (arts. 1227, 1233 y 1234 C. Co.) para la fiducia mercantil, figura de la cual la doctrina expresa:

*“[frente a] la ausencia de una definición legal sobre lo que es el patrimonio autónomo en el negocio fiduciario, las reglas sobre fiducia mercantil pueden interpretarse acudiendo a la integración por inducción de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio con el fin de colegir una serie de efectos que establecen el alcance de la figura y con ello determinar sus contenidos mínimos”* (González León, 2019, p. 86).

Respecto a los efectos de configuración del patrimonio autónomo, Baena (2013) establece los siguientes: i) en el negocio fiduciario se hace la entrega efectiva de los bienes fideicomitidos que hace el fideicomitente al fiduciario, afectados al cumplimiento de la finalidad contemplada en la constitución del negocio fiduciario; ii) los bienes que conforman este tipo de figura no pueden ser perseguidos por los acreedores del fideicomitente (art. 1239 C. Co.); iii) el fiduciario debe mantener lo fideicomitado separado de los demás activos; iv) el patrimonio autónomo debe destinarse para la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constituido del negocio fiduciario; y v) el patrimonio autónomo es un sujeto titular de derecho.

Ahora bien, dable es mencionar que el régimen jurídico aplicable al negocio fiduciario en mención es la normatividad mercantil nacional, acudiendo tanto al criterio objetivo (los asuntos mercantiles se rigen por la ley especial de los comerciantes, arts. 1 y 20 del C. Co.), como al criterio de la onerosidad, que según posición tanto jurisprudencial del tribunal de casación<sup>8</sup> como del máximo tribunal de lo constitucional<sup>9</sup> se entiende como un elemento esencial

de los actos de derecho comercial (Castro de Cifuentes, 2009).

Sin embargo, es de tener presente que frente a vacíos que contenga el Código de Comercio, se debe acudir a la analogía en primera instancia<sup>10</sup> como instrumento de identificación del derecho aplicable (Urbina, Acosta, Durán, & Palomares, 2011) respecto de figuras jurídicas similares contenidas en la misma norma, según lo preceptúa el art. 1 del estatuto mercantil, y que, en la práctica negocial, tanto la jurisprudencia (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995) como la doctrina ha reconocido dos tipos, la analogía *legis* que se presenta cuando se aplica la norma jurídica a una situación no contemplada manifiestamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación a la que sí lo está, y la analogía *iuris* que se identifica a partir de diversas disposiciones normativas, en donde el operador jurídico identifica los principios generales a través de inducción, logrando aplicar la norma a casos no previstas expresamente en ella (Melo Rubiano, 2015).

De igual modo, en aquellas situaciones en que la norma mercantil no regule expresamente una situación o figura, se acude a la legislación civil (art. 2 C. Co.), por ello, el art. 822 mercantil preceptúa:

*“Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.*

Conforme a lo expuesto, y de cara a analizar si existió objeto y causa lícitas en la configuración del negocio jurídico de los “Bonos de Agua” cuyo principal mecanismo de financiación fue el

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 7 de febrero de 1996, expediente 4602.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-153 de 2004.

<sup>10</sup> La Corte Constitucional la define como: “la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma” (Sentencia, C-083 de 1995).

patrimonio autónomo del cual se hizo alusión, es necesario hacer referencia al art. 1502 C.C. que establece los requisitos de toda obligación<sup>11</sup>, y que respecto al objeto ilícito<sup>12</sup>, la normatividad civil indica específicamente en el art. 1519 C.C.

*“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.*

En efecto, el art. 1521 C.C. en concordancia con el art. 1502 antes citado, regula el objeto ilícito en los negocios jurídicos de enajenación. En esta vía, Cubides (2009) indica: “[e]s lícita una prestación, cuando no contraviene las normas legales, ni es contraria a la moral, a las buenas costumbres, o el orden público” (p. 57).

De símil manera, referente a la causa lícita, el art. 1524 C.C. indica que es el motivo que induce al acto jurídico, y es ilícita cuando dicho motivo es prohibido por la ley o es contrario a las buenas costumbres o al orden público, al respecto Cubides (2009) expone que la causa en materia de contratos onerosos –como son todos los actos en el mundo mercantil– conlleva a que las partes del negocio conozcan entre sí el interés de obligarse entre ellos. Tal óptica doctrinal se le conoce como la “teoría de los móviles determinantes”<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Se hace alusión a capacidad legal, consentimiento exento de vicios, objeto lícito, y causa lícita.

<sup>12</sup> El Código de Comercio si bien no tiene una regulación expresa del objeto y causa ilícita en las actividades mercantiles, pareciese que el inciso tercero del art. 104 diera una noción acerca de aquellos, al indicar: “Habrá objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social, sean contrarias a la ley o al orden público. Habrá causa ilícita cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios.”

<sup>13</sup> En el derecho comparado se puede consultar a Perales Viscasillas. (2001). “The Formation of Contract & the Principles of European Contract Law.”

Así las cosas, se decanta que desde la negociación de la figura fiduciaria en el contrato de los “Bonos de Agua” se presentó causa ilícita del negocio de financiación del proyecto de inversión pública en agua potable por las siguientes razones:

- 1) La ejecución del negocio conllevó a que existieran móviles predeterminados por las partes que imposibilitarían el cumplimiento de la finalidad bajo la cual diversos municipios habían aceptado al obligarles a dar en garantía su participación en el SGP que asciende al 5.4%;
- 2) Los fideicomitentes del patrimonio consagraron un excesivo interés el cual se pactó con una tasa del UVR +11% E.A. que en la práctica imposibilitaba que fueran pagados por los municipios<sup>14</sup>;
- 3) La existencia de una cláusula inmodificable en contra de las entidades territoriales de naturaleza abusiva<sup>15</sup>, cual era vedarles el derecho a pagar la deuda de manera anticipada, quedando entonces obligados a cancelar la misma en el plazo estipulado por 19 años<sup>16</sup>;

<sup>14</sup> Dicho comportamiento de tasación de un interés excesivamente oneroso, se considera un abuso del derecho proscrito por el art. 85 de la norma constitucional, y que doctrinalmente, ha sido desarrollado de forma prolífica por Jousserand (2009).

<sup>15</sup> Posada Torres (2015) caracteriza a las cláusulas abusivas a partir de los siguientes elementos: i) que sea predispuesta por la parte fuerte del negocio, ii) desemboque en un desequilibrio jurídico en el contrato, iii) Que el desequilibrio es injustificado, y iv) que la cláusula sea contraria al principio de la buena fe.

<sup>16</sup> “De hecho, se dio “la instrucción irrevocable de giro directo comprometiendo, durante 19 años, un porcentaje de los recursos del Sistema General de Participación y como consecuencia de esto, se transfirió la asignación comprometida al patrimonio autónomo que constituyó cada entidad territorial para garantizar el pago de la deuda”. Asimismo, el contrato que cada municipio suscribió pactaba “cinco años de gracia (libres de pago) y catorce años de amortización (de pagos), bajo una tasa UVR+11 % efectiva anual (EA), sin posibilidad de pagar anticipadamente la deuda”. Lo que implica que

- 4) La empresa que configuró el negocio y posteriormente lo publicitó a los diversos municipios, pertenencia al ministro, en tal sentido para el momento de los hechos se configuró una inhabilidad sobreviniente:

*“Pero la controversia sobre el ministro de Hacienda es si la firma Konfigura, de su propiedad y que estructuró el negocio, llegó a los alcaldes de los municipios como una firma independiente, o como un exministro que podía unir inversionistas y municipios; y cuáles fueron los argumentos para que los municipios aceptaran la tasa de UVR+11% tomando crédito desde el patrimonio autónomo, pero entregando como garantías las transferencias del SGP, que a su vez fue usada como fuente de repago de los bonos. Por otro lado, el patrimonio autónomo prestamista pretendía cobrar 3% anual durante 19 años sobre el capital de los bonos, lo que equivale a cerca de \$147.000 millones”* (Díaz, 2018).

De igual modo, existe ilicitud del objeto del negocio a través del patrimonio autónomo por cuanto este se constituyó con un capital de apenas \$1.000.000, cuando el mínimo legal era de 17.405 millones de pesos, según explica la Contraloría: *“De acuerdo con la SFC para el 2009 una compañía de financiamiento comercial debía presentar y acreditar un capital mínimo de \$17.405 millones, siendo este tipo de establecimientos de crédito los de menor requerimiento. Por su parte, los patrimonios autónomos GFI 2008-I y GFI 2010 se constituyeron con un aporte inicial de \$1.000.000”* (Contraloría General de la República, 2019).

A la par, se observa que se presenta objeto ilícito por incumplimiento de los requisitos del

*los bonos no soportaron ni su primer año de pagos, ya que fue en 2014, cinco años después de la emisión de los primeros bonos, que Findeter tuvo que intervenir al comprar esta cartera que se estaba deteriorando.”* (El Espectador, 2018).

art. 29 del EOSF<sup>17</sup> que regula las operaciones reconocidas a las sociedades fiduciarias por parte de la Superintendencia Financiera, en cuanto la constitución del patrimonio autónomo de los “Bonos de Agua” desconoció el literal g) de dicho norma, el cual remite a los arts. 1, 2 y 3 del Decreto 1026 de 1990, los cuales establecen la capacidad de emisión de bonos de las sociedades anónimas y de los encargos fiduciarios, preceptuando especialmente en el art. 3:

*“[L]as entidades fiduciarias podrán emitir bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil constituida por un número plural de sociedades. Igualmente, dichas entidades podrán emitir bonos por cuenta de dos o más empresas, siempre y cuando un establecimiento de crédito se constituya en avalista o deudor solidario del empréstito y se confiera a la entidad fiduciaria la administración de la emisión”* (subrayamos).

De cara al contenido del art. 3 del Decreto 1026 de 1990 se considera que no se cumplió el requisito esencial<sup>18</sup> de la existencia de un establecimiento de crédito que se constituyera en calidad de avalista o deudor solidario del empréstito que adquirieron los municipios a los inversionistas del proyecto, por cuanto lo establecido en el contrato fiduciario fue la obligación de los municipios de colocar en garantía su alícuota del 5.4% en el SGP. Tal comporta-

<sup>17</sup> *“Emitir bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil constituida por un número plural de sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3o., del Decreto 1026 de 1990 y demás normas que lo adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 1 y 2 ibídem. Igualmente, dichas entidades podrán emitir bonos por cuenta de dos o más empresas, siempre y cuando un establecimiento de crédito se constituya en avalista o deudor solidario del empréstito y se confiera a la entidad fiduciaria la administración de la emisión..”*

<sup>18</sup> El art. 1501 C.C. preceptúa respecto a los tipos de elementos que configuran los contratos, aquellos que son esenciales sin los cuales no produce efecto alguno o genera un contrato diferente.

miento configura un desconocimiento de una norma imperativa en el orden colombiano y que la voluntad de las partes no tenía a bien, desconocer, o pactar en contrario<sup>19</sup>, como bien lo reza el art. 16 C.C.: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”, y que igualmente, trae como efecto la nulidad del acto en tanto quebrantador del orden público, por lo cual:

*“[E]n virtud de la autonomía de la voluntad, existe también la posibilidad de que las partes se plieguen no solo a las normas imperativas sino también a la totalidad de aquellas normas que –de manera predeterminada– conforman la mayor parte del derecho contractual. Entre estas dos opciones extremas existe un sinnúmero de posibilidades en que se pueden combinar normas dadas de manera autónoma e independiente por las mismas partes, [...] de acuerdo con las necesidades de [estas], pero siempre dentro de los límites que trazan el orden público y las buenas costumbres”* (Monroy, 2013, p. 112).

Dable es recordar que la actividad financiera se encuentra reglada y es de orden público, su regulación propende por la protección de un interés general, busca que se garanticen la seguridad de los recursos captados del público y la tranquilidad y confianza de los usuarios en el sistema financiero (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 10 de marzo de

2011, Rad. número: 17245). Al respecto, Castro de Cifuentes (1996) asevera:

“Son de orden público económico, todas aquellas disposiciones enderezadas a preservar el orden económico y social, para permitir a los ciudadanos el ejercicio de la actividad productiva y para alcanzar o mantener la estabilidad del mercado, del sistema monetario, financiero y de la economía en general. El orden público está conformado entonces por una serie de principios ético-político-sociales, unos de naturaleza colectiva, atinentes a la convivencia pacífica y civilizada entre los hombres y a su progreso económico y social y otros de naturaleza individual, relativos a la libertad, dignidad y seguridad de las personas, considerados por la comunidad como esenciales o fundamentales para su desarrollo y para la realización de sus ideales, expresados en el ordenamiento, primordialmente la Constitución, seguida por la legislación, y por último, el raciocinio y los sentimientos del juez”.

La existencia del patrimonio autónomo como instrumento de las partes para disponer de lo suyo, y regular sus relaciones, e intercambiar servicios y productos dentro de un sistema político- económico (Hinestrosa, 2007) es una expresión del fundamento constitucional de la iniciativa privada (arts. 16, 58, 333 y 335 de la norma superior), aunque el negocio fiduciario a través del cual se emitieron los “Bonos de Agua” no cumpliera con todos los elementos formales decantados por el ordenamiento jurídico nacional y que fueron objeto de análisis anteriormente (art. 1502 C.C. respecto al objeto y la causa).

Así las cosas, carece de validez el patrimonio autónomo de los “Bonos de Agua” por cuanto su objeto estuvo viciado de ilicitud. Una razón que permite corroborar dicha afirmación es que para el 2009 no se dio cumplimiento a lo contemplado por el máximo órgano de inspección, vigilancia y

<sup>19</sup> Jousserand (2009) indica de cara al abuso del derecho en los contratos, que los *móviles ilegítimos* que guían el comportamiento de las partes frente a terceros, o de una de ellas frente a la otra, parte de expresiones como la *colusión*, el *concierto fraudulento*, el *fraude a la Ley*, o la *intención de perjudicar*. Dichos comportamientos fueron primigeniamente sancionados bajo la noción de *Unconscionable clause* conocida en EE. UU. desde 1962, por medio de la facultad de anulación del juez, prevista por el *Uniform Commercial Code* (Acosta Rodríguez & Jiménez Valderrama, 2015).

control del sector financiero en lo que tiene que ver con el capital mínimo que debía contar dicho negocio al momento de su puesta de funcionamiento. En otras palabras, el patrimonio no fue constituido con el dinero que era el ordenado por la SFC para ese momento, sino por el contrario, fue inferior, generando entonces un desconocimiento de los preceptuado por el Decreto 1026 de 1990, norma que siendo de naturaleza imperativa, y por tanto de orden público conlleva a que genere una nulidad absoluta<sup>20</sup>.

Coadyuva dicha posición, Leal Pérez (2017) quien expresa: *“los particulares no son admitidos a regular ilimitadamente los propios intereses, sino que sus estipulaciones deben ajustarse a las leyes, pues de lo contrario el contrato es contenido prohibido, afectándose su validez por estar viciado de nulidad absoluta”*, sanción que se encuentra prevista en el ordenamiento patrio, en el inciso 1 del art. 1741 C.C. que pregona:

*“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”*.

En consecuencia, dicho nacimiento fue imperfecto, careció de suficiente cumplimiento de lo ordenado por las leyes imperativas que regulan el

negocio jurídico, aunado al desconocimiento que tuvo de principios como la buena fe (Neme Villareal, 2006), la solidaridad, la seguridad negocial, así como la lealtad y la coherencia (Bernal Fandiño, 2007), en tanto reglas de observancia obligatoria por las partes, y criterios de interpretación y aplicación del derecho por los jueces (Acosta & Fernández, 2019; Moreno Díaz & Melo Rubiano, 2020).

Aquella imperfección se predica de la presencia de un objeto y causa ilícitas que conlleva a una sanción por parte del ordenamiento siendo esta identificada como la nulidad absoluta, la cual es definida por la preterminación de condiciones exigidas en atención a un interés de orden público, y que la normatividad legal colombiana la reconoce en el art. 1741 del C.C. y 899 del C. Co., no siendo posible su ratificación por las partes (Cubides, 2009), o en palabras de la Corte Constitucional:

*“La nulidad absoluta se configura en aquellos casos en los que el acto es celebrado por una persona absolutamente incapaz, se encuentra afectado por causa u objeto ilícito o contraría una norma imperativa -a menos que la ley disponga otra cosa”* (Sentencia C-345 de 2017, subrayado no original).

En tal sentido, se predica la presencia de esta sanción para el patrimonio autónomo, por dos razones: La primera, por la presencia de un objeto ilícito, previamente explicada; y la segunda, por la omisión de quienes configuraron el negocio fiduciario acerca de los requisitos prescritos por la Ley para que naciera la entidad jurídica que emitiera bonos a partir de un patrimonio que para el año en que se constituyó, 2009, no se dio cumplimiento según lo acredita la investigación que realizó el órgano de control fiscal nacional, aseveración que igualmente está reconocida como causa de extinción de la fiducia por el núm. 9 del art. 1240 mercantil que hace alusión a la declaración de nulidad del acto constitutivo.

<sup>20</sup> Respecto al régimen de sanciones previstas para los negocios internacionales por violación de normas imperativas se encuentran los siguientes instrumentos de la Lex Mercatoria: art. 9 del Reglamento Roma I (Reglamento (CE) N° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE L177/6), y art. 16 del Reglamento Roma II (Reglamento (CE) N° 864/2007, de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DOUE L199/40). Desde la jurisprudencia, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 18 de octubre de 2016, *Caso Nikiforidis*, C-135/15, EU:C:2016:774.

## ¿Es Posible Establecer Responsabilidad al Fideicomitente?

La definición legal estatuida en el art. 1226 C. Co., contempla que el fideicomitente es una persona natural o jurídica que transfiere uno o más bienes especificados a una parte denominada fiduciario para que los administre y cumpla la finalidad establecida por el constituyente. Respecto de la norma en mención, la doctrina indica: “*El fideicomitente es la persona que confiere el encargo, [es] quien transfiere los bienes, quien otorga o constituye la fiducia*” (Leal Pérez, 2017, p. 660).

De la investigación desarrollada por la Contraloría General de la República (2019) se evidencia que el esquema de financiación ofrecido por el Grupo Financiero de Infraestructura conocido como “Bonos Agua” fue un mecanismo de financiación, donde unos particulares constituyeron un patrimonio autónomo que, con los recursos captados de inversionistas igualmente privados, realizaron una operación de empréstito con la entidad territorial respectiva.

Los particulares fueron la sociedad comercial denominada *Grupo Financiero de Infraestructura Ltda (GFI)* inscrita en Cámara de Comercio el 25 de febrero de 2008 y *Alianza Fiduciaria S.A.* quienes el 11 de diciembre de 2008 suscribieron una fiducia mercantil con el cual se constituyó el Patrimonio Autónomo Emisor y Prestamista (PAEP) denominado “*Patrimonio Autónomo Grupo Financiero de Infraestructura 2008-1 (GFI 2008-1)*” que tenía por objeto adelantar una emisión de bonos ordinarios y, con estos recursos otorgar créditos a las Entidades Territoriales. El 20 de septiembre de 2010, con el mismo objeto, se constituyó el PAEP Grupo Financiero de Infraestructura 2010 (GFI 2010).

En consecuencia los fideicomitentes del negocio fiduciario analizado fueron el Grupo Financiero de Infraestructura Ltda. (GFI), y Alianza Fiduciaria S.A., que de conformidad con lo

que se viene analizando desarrollaron un negocio jurídico desprovisto del cumplimiento de los requisitos legales, y por ello, se considera un evidente desconocimiento de los parámetros que rigen la autonomía privada de la voluntad, en tanto que esta ha sido reconocida como “*el poder otorgado por el Estado a los particulares para crear, dentro de los límites legales, normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses*” (Ferri, 1957, p. 8), cuya finalidad es “*disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos*” (Scognamiglio, 1959, p. 90).

Por esta vía, dentro del negocio analizado, no solamente existió un desconocimiento de los parámetros normativos de la contratación mercantil expuestos, sino también, de los límites de la autonomía privada, pues, si bien, se comprende que es una facultad normativa de las personas para disponer de sus bienes, creando derechos y obligaciones en actividades como el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación, también es cierto que no pueden ir en contravía de mandatos que den prevalencia al interés público general (arts. 1 y 58 de la Constitución), y la protección de las garantías fundamentales de los asociados (Sentencia SU-157 de 1999, reiterado en Sentencia C-934 de 2013), máxime cuando el objeto del patrimonio autónomo era la financiación de obras públicas que permitieran la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en los municipios suscribientes del contrato.

Frente a esto último, vale recordar que la Ley 142 de 1994 establece como fines de la intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos, entre otros, la garantía de calidad del servicio público, la calidad de vida de los usuarios y la prestación eficiente del servicio (art. 2), que en tanto expresiones del principio de solidaridad y su relación inherente con las finalidades sociales del Estado colombiano (art. 365 de la Constitución), fueron desconocidos por los signatarios del negocio de los “Bonos de Agua”.

Por lo anterior, la responsabilidad que le asiste a la parte fideicomitente comienza con el incumplimiento de los requisitos de constitución del mecanismo de financiación, así como de la inobservancia de la protección de los derechos fundamentales y del interés de los ciudadanos de los 117 municipios respecto a la prestación del servicio público que se daría tras la construcción de la obra. Al respecto Rengifo García (2013) menciona que, si en el marco de una fiducia mercantil, alguna de las partes no cumple con los deberes de información, colaboración, confianza y protección, debe estar llamado a responder tanto del incumplimiento de dichos deberes en la forma prevista en el contrato, como de los perjuicios irrogados a las demás partes y que logren plenamente comprobarse, máxime cuando quien tiene control de la sociedad fiduciaria, en este caso del patrimonio autónomo es la entidad fideicomitente<sup>21</sup>.

Igualmente es menester tener presente que, dado que es un negocio jurídico carente de requisitos de existencia y validez, la responsabilidad a imputar es de naturaleza extracontractual al ser un acto carente de tales elementos jurídicos (Tamayo, 2007, p. 69); empero de haber producido efectos jurídicos mientras se declara su nulidad –que *puede ser la hipótesis del presente caso*–, “*lo que puede llegar a producirse es una falta extracontractual por parte de quien dio lugar a ella [...], siempre y cuando exista una relación directa de causalidad entre la nulidad y el daño alegado por el demandante [...]. Anulado*

*un contrato, desaparece el vínculo contractual y, por tanto, la posibilidad de que se derive una responsabilidad contractual*” (Yong Serrano, 2018, p. 450).

## **Al Momento de Emisión de los Bonos, ¿Qué Bienes Conformaban el Patrimonio Autónomo?**

### **¿Realmente Existía el Respaldo Patrimonial que Exige el art. 146 del EOSF?**

En relación con la conformación del activo del patrimonio autónomo se considera que de este hacia parte el millón de pesos que se suscribió para el nacimiento del negocio fiduciario y los aportes en garantía del 5.4% dado por los municipios, que, el art. 11 literal b) de la Ley 1176 de 2007, los facultan para utilizar los recursos del Sistema General de Participaciones para la inversión y mejoramiento del servicio de agua potable y saneamiento básico acudiendo a diversas figuras negociales entre las cuales se encuentra el giro, i) al municipio y/o a los prestadores de los servicios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, ii) a los patrimonios autónomos y iii) a las fiducias para el manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones para agua potable y saneamiento básico de conformidad con el art. 34 del Decreto 1040 de 2012.

Respecto a si existía el respaldo económico del patrimonio autónomo conforme a los arts. 1, 2 y 3 del Decreto 1026 de 1990, los cuales regulan la capacidad de emisión de bonos de las sociedades anónimas y de los encargos fiduciarios, se reitera que no existió dicho respaldo por cuanto no se cumplió el mandato del art. 3 del Decreto 1026 de 1990 en lo que tiene que ver con la existencia de un establecimiento de crédito que se constituyera en avalista o deudor solidario del empréstito que adquirieron los municipios a los inversionistas del proyecto y que como se

<sup>21</sup> Importantes precedentes judiciales son primero, sobre la *responsabilidad del fideicomitente en relación con el principio de solidaridad entre la fiduciaria y el constituyente*, frente a obligaciones previas adquiridas por este (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de mayo de 2006), y segundo, de la *responsabilidad del fideicomitente de cara a la acción de sus acreedores anteriores al negocio fiduciario por fraude pauliano* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 2005 y Sentencia de 25 de enero de 2010).

explicó anteriormente era un elemento esencial de la consecución del contrato, no obstante que en el negocio fiduciario se contempló que los municipios colocaban en garantía su alícuota del 5.4% en el SGP.

Asimismo, el Decreto 1026 de 1990 sobre la emisión de bonos puede ser superior a los límites previstos por los incisos primero, segundo y tercero del art. 2 ibidem cuando la totalidad del empréstito esté garantizado por la Nación o por las entidades territoriales. Sin embargo, como lo evidencian los hallazgos fiscales de la Contraloría, el patrimonio no fue constituido con el dinero que era el ordenado por la SFC para ese momento, sino por el contrario, fue inferior, generando entonces un desconocimiento flagrante de lo preceptuado por el Decreto en mención.

## **Régimen de Responsabilidad de la Agencia Calificadora de Riesgos Respecto a su Informe de Viabilidad del Patrimonio Autónomo**

La configuración del patrimonio autónomo denominado “Grupo Financiero de Infraestructura” tiene dos elementos jurídicos previstos en el contrato fiduciario, el primero, el patrimonio autónomo es una figura jurídica permitida por la norma comercial y por la normatividad financiera nacional para el momento de los hechos (2009) que podía realizar emisión de bonos, y segundo, cuando alguno de los entes territoriales hace parte del negocio fiduciario y garantizan las operaciones económicas dentro del mismo, el patrimonio autónomo puede emitir bonos en montos superiores a los previstos por las normas en mención. En tal sentido, Díaz (2018) expresa:

*“Como esos ingresos [futuros de los municipios desde el SGP transferidos por la Nación] provenían de una fuente segura que es el Estado, la emisión de bonos desde el patrimonio autó-*

*no GFI logró una calificación de crédito AA+ o grado de inversión otorgada por BRC. Ese nivel de calificación significa fuerte capacidad de pago del capital y los intereses por parte del emisor, es decir, un bajísimo riesgo de impago, en resumen, una inversión segura con escaso riesgo”.*

Menester es tener en cuenta que el art. 2495 del C.C. consagra la prelación de créditos de primera clase, entre las cuales se encuentran las deudas a favor del Estado, lo que conlleva a que tengan prioridad sobre las demás deudas. Bajo la premisa anterior, existía una seguridad jurídica alta en el cumplimiento de las obligaciones por parte de las entidades territoriales a los inversionistas del Patrimonio autónomo. En este punto, Hinestrosa (2007) está de acuerdo en la posición previamente expresada al afirmar:

*“... ha de recordarse que la satisfacción del acreedor puede darse por mano de persona distinta del deudor, de alguien que obra encargado por el, o autorizado por el o sin su asentamiento o sin su conocimiento, o inclusive contra su prohibición, y que según los antecedentes del pago y la manera como este se produzca, el desempeño del tercero, significara cancelación, total o parcial, del derecho del acreedor. [...]” (p. 698).*

En ese orden de ideas, existe soporte legal y doctrinal en el derecho nacional para concluir que, en el caso concreto del patrimonio autónomo, los acreedores de los municipios, quienes les prestaron dinero tenían suficiente garantía de satisfacción de su derecho, pues el sector central del Estado colombiano podía asumir la responsabilidad del pago de los compromisos de los entes territoriales. En tanto, la inclusión de un interés excesivamente a favor de los acreedores-prestamistas no solamente podría ir –como efectivamente resultó– en contra del equilibrio económico del desarrollo del negocio fiduciario, sino de igual modo carente de todo sustento como habida cuenta se observó.

Aunado lo anterior, se reconoce que existe responsabilidad privada extracontractual<sup>22</sup> de las diversas Agencias Calificadoras de Riesgo (ACR) que intervinieron en el análisis de configuración del negocio, al encontrarse indirectamente relacionadas con la ejecución de este, máxime cuando en su calidad de profesionales<sup>23</sup> les rige el deber de cuidado, que se deriva del ejercicio de una actividad especializada que incrementa el riesgo de los inversionistas de caer en una selección adversa.

Desde esta óptica la información que debió soportar dicho análisis se incluía como un elemento esencial para la consecución del patrimonio autónomo (Falla Zúñiga, 2014). Dicha posición encuentra asiento en la teoría del riesgo, la cual indica que la función de las ACR es generar en el inversionista, confianza en el comportamiento del valor en el cual decida invertir, por

lo cual, una vez ocurrido el daño, habrá una dificultad probatoria para el inversionista por carecer de los conocimientos para demostrar que la calificación no era correcta, al tiempo que la ACR demuestra fácilmente que sus proyecciones eran objetivas, técnicas e independientes” (Falla Zúñiga, 2014).

De esta forma, se puede evidenciar que las diferentes agencias que calificaron el riesgo de ejecución del patrimonio autónomo pudieron haber previsto que el cobro del interés pactado en el contrato fiduciario no solamente iba en detrimento de los derechos y del equilibrio económico de los municipios, sino que podría llegar a afectar el desenvolvimiento del negocio de inversión en agua potable y saneamiento básico, hasta el punto de que llegaría el momento en que los entes territoriales se le imposibilitaría pagar intereses tan excesivamente onerosos.

## Régimen de Responsabilidad de la Superfinanciera

De conformidad con lo contemplado en EOSF, la Superintendencia Financiera tiene por funciones, inspeccionar, vigilar y controlar a las entidades que se encuentran bajo su competencia, entre las cuales están las sociedades fiduciarias y/o patrimonios autónomos según lo contempla el art. 1266 C. Co. De esta forma, se considera que existe responsabilidad del Estado (art. 90 constitucional), al tenor de lo decantado por la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo cuando existe omisión de los órganos de control en la inspección y vigilancia de las entidades financieras, siendo imputable el principio de responsabilidad cuando se prueba que el ente vigilante no asegura el cumplimiento de las normas financieras por parte de las entidades de este gremio –verbigracia el Patrimonio Autónomo Grupo Financiero de Infraestructura–.

Así las cosas, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que no todos los daños

<sup>22</sup> “Es la que surge de una relación fortuita entre particulares sin ningún vínculo funcional con el Estado. Los hechos o circunstancias que hacen hacer la responsabilidad extracontractual privada, según el Código Civil, pueden tener su fuente de manera general [...] en un hecho producido por otra persona de la que se tiene el deber de jurídico de responder (responsabilidad por el hecho ajeno)” (Yong Serrano, 2018, p. 312).

<sup>23</sup> En el ámbito de la responsabilidad privada contemporánea, si un actor contractual ha desconocido sus deberes, y con miras a establecer el grado del incumplimiento, el instrumento idóneo que permite identificarlo es el *criterio de razonabilidad*, al respecto en el derecho comparado europeo, se observan el caso británico *Malik vs. Bank of Credit and Commerce International SA (in liquidation)* juzgado por la Corte de los Lores en 1997; el caso *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* ([2013] EWHC 111 (QB); [2013] 1 All ER (Comm) 1321), y la Sentencia de Casación italiana N° 20106 de 18 de septiembre de 2009 en el caso *Renault*. También se puede observar este criterio en la Convención de Viena sobre compraventa internacional, los principios UNIDROIT (arts. 4.1, 4.2, y 7.17), y el Proyecto Lando). En el ámbito de la doctrina sudamericana, ver Kemelmajer de Carlucci, A. (2019). “Razonabilidad y contratación privada”, y Kemelmajer de Carlucci, A. & Jaramillo, C.I. (2020). “El criterio de la razonabilidad en el derecho privado”.

dados a los administrados son reparables, en consideración a que la función de supervisión no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes o ahorradores contra cualquier pérdida. En tal sentido expresó:

*“El ente de control no puede responder por el incumplimiento que de su mandato hizo la sociedad vigilada frente a su cliente al no realizar las inversiones ordenadas, pues, advierte la Sala, que la función de supervisión de la Superintendencia no consiste en garantizar el patrimonio de los accionistas y/o inversionistas contra cualquier pérdida y tiene como propósito asegurar el cumplimiento de las normas del sector por parte de las entidades que desarrollan ese tipo de actividades, [...].”*(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 14 de septiembre de 2016. Radicación: 25000-23-26-000-2007-00057-01(37637)).

Igualmente, en otra providencia se estableció:

*“Con fundamento en el anterior postulado, la responsabilidad del Estado por la omisión de los órganos de control se configurará únicamente cuando los daños causados sean consecuencia de una actuación de las entidades vigiladas contraria al ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento ha debido garantizar el organismo supervisor* (Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de mayo de 2016. Radicación: 250002326000200401391-01).

De esta manera, la responsabilidad estatal por la omisión de los órganos de control se configura únicamente cuando los daños causados se derivan de una actuación de las entidades vigiladas contraria al ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento ha debido garantizar el organismo supervisor (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 27920), cumplimiento que no realizó la superintendencia Financiera al otorgar aprobación de emisión de bonos a un patrimonio autónomo que no contaba con la solvencia económica que

por entonces debía cumplir según lo exigía el mismo órgano de control.

La doctrina nacional refiere que este tipo de responsabilidad es del Estado-Administración entendida *“cuando las autoridades públicas en el ejercicio de una función administrativa generan un perjuicio material o inmaterial a un sujeto que no tenga el deber jurídico de soportarlo”* (Yong Serrano, 2018, p. 361) imputable para el caso objeto de análisis bajo la falta probada de la Administración (SFC) por la transgresión de las obligaciones que debía cumplir, específicamente las mencionadas anteriormente de supervisión, vigilancia y control de las entidades de su competencia (Yong Serrano, 2018).

Por lo anterior, la consecuente responsabilidad del Estado en cuanto desconocimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, trae consigo el desconocimiento del régimen de protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa que reconocido por la jurisprudencia colombiana se ha comprendido como un principio de la función administrativa (Constitución Política, art. 209 y Ley 489 de 1998, art. 3º) y, un derecho colectivo (Constitución Política art. 88 y art. 4º Ley 472 de 1998) que trata del *“adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de legalidad”* (Corte Constitucional, Sentencia C-643 de 2012).

Por ello es que la moralidad administrativa referencia para el operador jurídico, que, como derecho o interés colectivo cree expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas, y bajo esta interpretación, la moralidad administrativa no se entienda únicamente como el *“fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad”* (Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994).

En tal sentido, el derecho colectivo a la moralidad administrativa resultó vulnerado por el cumplimiento de varios supuestos que conlleva al quebrantamiento del principio de legalidad y que se establecen a continuación:

- 1) Se tiene prueba de la existencia de unos bienes jurídicos afectados (la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción).
- 2) Se tiene configurado de forma real su afectación por el acaecimiento de un comportamiento de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de parámetros éticos (Consejo de Estado, sentencia de 8 de junio de 2011, Rad.: 25000-23-26-000-2005-01330-01).

Conforme a lo predicho, se observa los presupuestos facticos y jurídicos antedichos plenamente se cumplieron y conforme lo expuesto con antelación en los diversos acápite, se evidencia su incumplimiento máxime cuando, la misma jurisprudencia ha expresado que el desconocimiento de la moralidad administrativa la cual tiene intrínseca relación con el principio de legalidad trae consigo desviación de poder, en cuanto, los sujetos de derecho desvían el cumplimiento del interés general al favorecimiento propio o de un tercero (Consejo de Estado, Sentencia de 26 de enero de 2005. Expediente AP-03113).

## Conclusiones

Del análisis realizado al caso de los “Bonos de Agua” se pudo evidenciar que desde el momento en que se creó el negocio fiduciario existió total desconocimiento de diversas normas que rigen este mecanismo de financiación establecido en la normatividad mercantil. Al respecto, se debe mencionar que, los actores inmersos en la emisión de los “Bonos de Agua” vulneraron diversas normas imperativas tanto de rango

constitucional como de naturaleza legal tanto comerciales como civiles, las cuales se entienden ampliamente como aquellas relacionadas con temas de orden constitucional público (art. 4 de la Carta Política), y que, en contratación financiera regulan los requisitos de existencia, validez, eficacia, oponibilidad y los elementos esenciales de los actos jurídicos (Madriñan de la Torre & Prada, 2013, p. 50).

Así las cosas, dentro de los requisitos de validez del negocio jurídico en mención se encuentra que el objeto y la causa no fueron conforme a derecho, por lo cual afecta la generación de efectos en el universo negocial y en consecuencia es llamado a ser castigado con nulidad absoluta en la forma preceptuada por la codificación civil colombiana. En este sentido, es dable tener presente que, el objeto y la causa como expresiones normativas imperativas establecen que diversos aspectos, contratos o situaciones de las relaciones entre particulares reconozcan el obediencia al interés público y las buenas costumbres en el desenvolvimiento de sus negocios (Espinosa Pérez, 2000).

Del lado derecho público se evidencia que existió igualmente un desconocimiento por parte de los actores del negocio fiduciario como de la Superintendencia Financiera de Colombia de la prevalencia del interés público<sup>24</sup> inmerso en la emisión de bonos a través de dos situaciones, la primera es el patrimonio público<sup>25</sup> a

<sup>24</sup> En sentido amplio el dominio público al cual se adscribe el patrimonio se comprende como “el conjunto de bienes que de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenecen a una entidad estatal, hallándose destinados al uso público de los habitantes” (Ballbé, 1945, p. 8). Igualmente, reconocido en el Código Civil, art. 674.

<sup>25</sup> “El derecho colectivo al patrimonio público alude no solo a “la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado” (Consejo de Estado, sentencia de 8 de junio de 2011, Rad.: 25000-23-26-000-2005-01330-01).

través de la colocación en garantía por parte de los municipios de la alícuota que por mandato legal les corresponde en el Sistema General de Participaciones, y la segunda, por finalidad que perseguía el patrimonio autónomo y su mecanismo de financiación de emisión de bonos, cual era generar recursos económicos para la construcción de infraestructura en agua potable y saneamiento básico en los municipios.

Lo anterior tiene sustento en el hecho que los hallazgos desarrollados por la Contraloría General de la República evidenciaron vulneración de normas del sistema financiero, cláusulas excesivamente onerosas a cargo de los municipios y flagrante incumplimiento de protección del interés general por favorecimiento de los sujetos del negocio en detrimento del patrimonio público, especialmente de las finanzas de los entes territoriales.

Dicha aseveración encuentra sustento en el hecho que el art. 29 del EOSF establece que la emisión de bonos podía ser superior a los límites previstos por los incisos primero, segundo y tercero del art. 2 del Decreto 1026 de 1990 cuando la totalidad del empréstito esté garantizado por la Nación, los departamentos o los municipios; sin embargo, como lo evidenciaron los hallazgos fiscales, el patrimonio no fue constituido con el dinero que era el ordenado por la SFC para ese momento, sino por el contrario fue inferior, generando entonces en un desconocimiento de los preceptuado por el Decreto 1026 de 1990, así las cosas, el patrimonio autónomo bajo el esquema en mención se constituyó con un capital de apenas un millón de pesos, cuando el mínimo legal era de 17.405 millones de pesos.

Al respecto el Consejo de Estado ha establecido los principios que rigen los negocios jurídicos de las entidades públicas, entre los cuales se encuentran los siguientes que fueron vulnerados en el presente caso: i) el *principio de la autonomía de voluntad*, en donde la Adminis-

tración está en capacidad de celebrar todos los contratos necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; ii) el *principio de la prevalencia del interés público*, por el cual la Administración tiene una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; y iii) el *principio de la reciprocidad de prestaciones*, según el cual, lo relevante es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato (Sentencia de 11 de julio de 2013, Rad.: 13001-23-31-000-1996-11249-01(25254)).

Dichos principios para el caso analizado son la expresión del derecho a la moralidad administrativa que reconocido por la jurisprudencia colombiana en un principio de la función estatal y, un derecho colectivo que trata del adecuado comportamiento de quienes se encuentran en la función pública conforme al respeto del bloque de legalidad. En este sentido se comprobó cómo tanto las partes del negocio fiduciario como la Superintendencia Financiera desconocieron la moralidad que debía imperar el tratamiento del interés público en la emisión de los Bonos de Agua por cuanto afectaron bienes jurídicos como la buena fe, la ética, la honestidad y la satisfacción del interés general que rigen tanto la actividad negocial del Estado como al interior de los entes territoriales.

## Referencias Bibliográficas

### Doctrina

Acosta, J. & Fernández, M. (2019). “Le principe de la sécurité contractuelle comme instrument de protection de la stabilité du contrat. Une vision à partir du droit transnational”. En *Revista Opción*, Año 35, Especial No.25 (2019): 50-80.

- Acosta, J. & Jiménez, F. (2015). “Elementos de derecho europeo para la caracterización de las cláusulas abusivas en la contratación”. En *Revista DIKAION*, 24-1 (2015), 12-35. Disponible en <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/5864/4090>.
- Baena, L.G. (2013). *Lecciones De Derecho Mercantil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ballbé, M. (1945). *Concepto del dominio público*. Barcelona.
- Bernal Fandiño, M. (2007). “El solidarismo contractual –especial referencia al derecho francés–”. En *Revista Vniversitas*. Bogotá (Colombia) N°.114: 15-30, julio-diciembre de 2007.
- Castro de Cifuentes, M. (2009). *Actos de comercio*. Bogotá: Universidad de Los Andes- Editorial Temis-
- \_\_\_\_\_. (1996). *Nota editorial*. Disponible en [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=293&lang=es](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=293&lang=es).
- Contraloría General de la República. (2019). *Los “bonos agua”. Esquema de financiación para proyectos de inversión en agua potable y saneamiento básico en las entidades territoriales*. Disponible en <https://jorgerobledo.com/wp-content/uploads/2019/05/Estudio-de-Bonos-de-Agua-Esquema-de-financiacion-Proyectos-de-inv-en-agua-Potable.pdf>
- Cubides, J. (2009). *Obligaciones*. Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.
- Díaz, C. (2018). *Los Bonos de Agua, manual para dummies*. Disponible en <https://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/que-son-bonos-de-agua-manual-para-dummies-por-camilo-diaz/262093>.
- Espinosa Pérez, C. A. (2000). Del uso convencional a la costumbre mercantil como norma jurídica. En *Revista de Derecho Privado*, (25), 99-126.
- Falla Zúñiga, L. (2014). La responsabilidad civil de las agencias calificadoras de riesgo en Colombia, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 52, julio-diciembre, 2014, pp. 1-35. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033223018.pdf>.
- Ferri, L. (1957). *La Autonomía Privada*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- González León, C.A. (2019). *Fiducia y patrimonios autónomos en Colombia. Un análisis desde la dogmática jurídica*. Bogotá: Universidad Libre. Disponible en <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17720/Libro%20Fiducia%20y%20Patrimonio.pdf?sequence=1>.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado General de las Obligaciones. Tomo I.* Bogotá: universidad Externado de Colombia.
- Josserand, L. (2009). *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Editorial Temis.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2019). “Razonabilidad y contratación privada”. En *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 369, Enero-Junio de 2019. Disponible en [http://www.acj.org.co/images/Revista/Revista\\_369\\_2019.pdf](http://www.acj.org.co/images/Revista/Revista_369_2019.pdf).
- Kemelmajer de Carlucci, A. & Jaramillo, C.I. (2020). “El criterio de la razonabilidad en el derecho privado”. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Academia Colombiana de Jurisprudencia, IARCE, Editorial Ibáñez.
- Leal Pérez, H. (2017). *Manual de Contratos. Tomo II*. Bogotá: Ediciones Leyer.
- Madriñan de la Torre, R. E., & Prada, Y. (2013). *Principios de Derecho Comercial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis.
- Melo Rubiano, E. (2015). “La recepción de la nova Lex Mercatoria en el régimen de fuentes del derecho privado colombiano: la eficacia del acto jurídico por su objeto”. Bogotá: Tesis de grado en derecho de la Universidad Santo Tomás. Disponible en <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1985/Rubiano-melo2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

- Monroy, D. (2013). “La preconfiguración del contrato: una propuesta de definición de las reglas predeterminadas en el derecho de contratos”. En *Revista de Derecho Privado*, n.º 25, julio-diciembre, 2013, pp. 109-147. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3598/3692>.
- Moreno Diaz, V.S. & Melo Rubiano, E. (2020). Exequátur en el ordenamiento colombiano, desarrollo práctico del estado civil frente a la adopción y el divorcio internacional. En VV.AA. “*La familia en el contexto contemporáneo*”. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Neme Villarreal, M. L. (2006). “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”. En *Revista de Derecho Privado*, núm. 11, julio-diciembre, 2006, pp. 79-125.
- Perales Viscasillas, M. P. (2001). “The Formation of Contract & the Principles of European Contract.” En *Pace International Law Review*, Volume 13. Disponible en <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1215&context=pilr>.
- Posada Torres, C. (2015). “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”. En *Revista de Derecho Privado*, n.º 29, julio-diciembre de 2015, pp. 141-182. <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n29/n29a07.pdf>.
- Scognamiglio, R. (1959). *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial de Derecho Privado.
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo 1*. Bogotá: Legis.
- Urbina, E., Acosta, J., Durán, R., & Palomares, J. (2011). *Derecho de los Contratos en Colombia. Tendencias Globalizantes*. Bogotá: Universidad Santo Tomás y Editorial Ibáñez.
- Yong Serrano, S. (2018). *Introducción a la responsabilidad pública y privada*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

## Legislación

- Decreto Ley 610 de 1971.  
Decreto 1026 de 1990.  
Decreto 1040 de 2012.  
Ley 1176 de 2007.

## Jurisprudencia

### Corte Suprema de Justicia

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 7 de febrero de 1996, expediente 4602.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 2005.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de mayo de 2006.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 25 de enero de 2010.

### Corte Constitucional

- Sentencia C-934 de 2013.  
Sentencia C-153 de 2004.  
Sentencia SU-157 de 1999.  
Sentencia C-083 de 1995.  
Sentencia C-046 de 1994.

### Consejo de Estado

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 14 de septiembre de 2016. Radicación: 25000-23-26-000-2007-00057-01(37637).  
Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de mayo de 2016. Radicación: 250002326000200401391-01.  
Consejo de Estado, Sentencia de 11 de julio de 2013, Rad.: 13001-23-31-000-1996-11249-01(25254).  
Consejo de Estado, Sentencia de 8 de junio de 2011, Rad.: 25000-23-26-000-2005-01330-01  
Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 27920.  
Consejo de Estado, Sentencia de 26 de enero de 2005. Expediente AP-03113.

## **Instrumentos de Derecho Comercial Internacional**

Convención de Viena sobre compraventa internacional.

Principios UNIDROIT.

Principios de Derecho Europeo de Contratos (*Proyecto Lando*).

Reglamento Roma I (*Reglamento (CE) N° 593/2008, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE L177/6)*).

Reglamento Roma II (*Reglamento (CE) N° 864/2007, de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DOUE L199/40)*).

## **Derecho Comparado**

### **Unión Europea**

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 18 de octubre de 2016, *Caso Nikiforidis*, C-135/15, EU:C:2016:774.

## **Reino Unido**

Caso *Malik vs. Bank of Credit and Commerce International SA (in liquidation)* juzgado por la Corte de los Lores en 1997.

Caso *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* ([2013] EWHC 111 (QB); [2013] 1 All ER (Comm) 1321).

## **Italia**

Caso *Renault*, Sentencia de Casación italiana N° 20106 de 18 de septiembre de 2009.

## **Documentos Públicos**

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. (2012). *Oficio de traslado a la Fiscalía General de la Nación frente a la investigación penal por el empréstito "Bonos de Agua"*. Disponible en <https://jorgerobledo.com/wp-content/uploads/2018/10/Traslado-Fiscalia.pdf>.