

El contrato de fiducia mercantil como forma de instrumentalización para el cumplimiento de los fines estatales

The commercial trust agreement as a form of instrumentalization for the fulfillment of the state purposes

DOI: 10.18041/2619-4244/dl.30.8817

Resumen

En este artículo se aborda el contrato de fiducia mercantil y el régimen jurídico que le aplica, el cual se desarrolla entre instituciones jurídicas propias del derecho público y privado. Lo anterior teniendo en cuenta que en el ejercicio y en el desarrollo de la función pública las entidades estatales se ven abocadas a contar con un colaborador privado (sociedad fiduciaria), que a través del contrato fiduciario les permita cumplir y llevar a cabo instrumentos jurídicos, financieros y técnicos para atender las necesidades estatales. La metodología empleada es de tipo inductivo, jurídico y analítico. El texto investigativo se desarrolla en el marco de las siguientes líneas de investigación de la Universidad Libre de Colombia: i) Derecho, Estado, cultura y sociedad, ii) Desarrollo social y económico y iii) Desarrollo sostenible, tecnología e innovación.

Palabras claves: Fiducia mercantil, patrimonio autónomo, contrato estatal.

Abstract

The purpose of this article is to address the commercial trust contract and the applicable legal regime, which is developed between legal institutions of public and private law. The foregoing taking into account that in the exercise and development of the public function, state entities are forced to have a private collaborator (trust company) that allows them through the fiduciary contract to be able to fulfill and carry out legal instruments, financial and technical that allow them to meet state needs. The methodology used is inductive, legal and analytical. The investigative text is developed within the framework of the following research lines of the Universidad Libre de Colombia: (i) Law, State, culture and society, (ii) Social and economic development; and (iii) Sustainable development, technology and innovation.

Keywords: Commercial trust, autonomous patrimony, state contract.

María Alejandra Ramírez Arias

Abogada, Especialista en derecho administrativo, Magister en derecho administrativo. Abogada Senior en Alianza Fiduciaria S.A.
ORCID: 0000-0002-1713-7383
Correo: maleja24.09@hotmail.com

Cómo citar: Ramírez Arias, M. A. (2022). El contrato de fiducia mercantil como forma de instrumentalización para el cumplimiento de los fines estatales. *Dictamen Libre*, (30).
<https://doi.org/10.18041/2619-4244/dl.30.8817>

Licencia Creative Commons
Atribución-CompartirIgual
4.0 Internacional



RECIBIDO

19 de noviembre de 2021

ACEPTADO

9 de mayo de 2022



INTRODUCCIÓN

Los contratos estatales son herramientas a través de las cuales se logran los fines del Estado. Es uno de los temas más controvertidos en el sistema jurídico colombiano, por lo cual requiere un constante análisis a partir de la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina especializada (Silva, 2019).

Con base en lo anterior, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública le permite a las entidades estatales celebrar contratos fiduciarios como la fiducia pública y el encargo fiduciario a los cuales les sean aplicables las normas públicas de contratación. Sin embargo, a partir de lo indicado por el legislador, las entidades públicas también pueden celebrar contratos de fiducia mercantil, consignados a la constitución de patrimonios autónomos y a los cuales les son aplicables las normas del derecho privado.

Es importante precisar que esta figura jurídica se basa en la confianza que deposita la entidad estatal en la fiduciaria para que gestione y administre en beneficio propio o de un tercero los bienes entregados en fideicomiso y, de esta forma, se exteriorice y materialice la voluntad de la administración.

En consecuencia, el objetivo de este artículo es abordar el contrato de fiducia mercantil, su régimen aplicable, su principal característica, que consiste en la transferencia de los bienes al fiduciario y la constitución del mencionado patrimonio autónomo, las obligaciones de las partes en el acto constitutivo del fideicomiso y su diferencia con otros contratos estatales.

Con base en lo anterior, se considera importante presentar la naturaleza jurídica de los patrimonios autónomos constituidos a través del contrato de fiducia mercantil por parte de las entidades estatales, pues a partir de ese instrumento se relaciona la calidad que tienen las entidades públicas como promotoras del fin estatal y las sociedades fiduciarias como entidades de servicios financieros y representantes de dicho patrimonio autónomo.

Resultados y discusión

Teoría general del contrato de fiducia mercantil

Evolución de la fiducia: de su utilización práctica a su tipificación legal

La fiducia en el derecho romano

En el antiguo derecho romano los ciudadanos estaban limitados contractualmente en la celebración de negocios jurídicos, pues debían acoplarse a las formas establecidas por la ley para celebrar contratos. “El mínimo error respecto del rito producía la ‘nulidad’ del negocio y la consiguiente insatisfacción de aquellos que querían disponer de sus intereses” (Rengifo, 2012, p. 21).

Una de las grandes deficiencias de las antiguas formas establecidas por la ley para celebrar contratos era el hecho de que los ciudadanos no tenían certeza de que la contraparte del negocio cumpliera sus obligaciones, por lo cual tenían que conformarse con aceptar la palabra del otro contratante y, en caso de incumplimiento, acudir a algunas acciones que les permitiera apoderarse físicamente del deudor insolvente, lo cual en realidad no representaba mayor defensa para el patrimonio. Sin embargo, esto no era ninguna garantía pues la situación económica del deudor podía haber cambiado de forma desfavorable, imposibilitándolo a pagar la deuda y, por ende, en muchos casos a actuar de mala fe, además de la lentitud para poder reclamar la deuda ya que no contribuía para proteger los intereses del acreedor (Casas Sanz de Santamaría, 2004).

El aumento del intercambio del comercio llevó a los romanos a adoptar un sistema jurídico que les permitiera actuar con más libertad para poder celebrar contratos que hasta ese entonces la ley no permitía.

Fue así como surgió, poco a poco al principio, y con gran impulso luego, otro derecho, fundado

en las decisiones del pretor, exento de rigidez y libre de formalismos inútiles, dotado de una gran flexibilidad, que lo hacía muy propio para aplicarse a las situaciones nuevas que se iban presentando (Casas Sanz de Santamaría, 2004, p. 17).

Era tan evidente la necesidad de reorganizar un sistema de protección para los romanos que se ideó la figura denominada fiducia, que traduce confianza, en el latín lealtad, fidelidad. Copete (1940) afirma que:

La convención de fiducia era, en el fondo, un contrato por el cual se transmitía la propiedad de una cosa con la obligación de devolverla, o más comprensivamente dicho, con el compromiso de desprenderse de ella en determinadas circunstancias. La obligación del adquirente fiduciario, eran según los textos más conocidos, la de transferir el dominio al enajenante, como que su transmisión se hacía en desempeño de una misión en garantía (pp. 28-29).

En ese sentido, para los romanos esta figura consistía básicamente en que al celebrar un contrato el deudor transfería su propiedad al acreedor como garantía, mientras tanto el acreedor conservaba la propiedad hasta que el deudor saldara su obligación. Ahora bien, es importante aclarar que no siempre el bien o los bienes quedaban en manos del acreedor, pues “En algunos casos se transmitía fiduciariamente a un tercero que, como era lógico, debía disfrutar de la más amplia confianza del deudor y del acreedor” (Casas Sanz de Santamaría, 2004, p. 19).

Para los romanos, el uso de la fiducia les sirvió como garantía para reclamar sus bienes, para proteger la propiedad cuando se colocaba en manos de un tercero, como medio de emancipación del *pater familia* o, incluso, como medio de intercambios agrícolas. “No sólo sirvió como medio de transferir un derecho real, sino también, dado su carácter de negocio abstracto para cobijar las más disímiles finalidades que van desde la emancipación del hijo hasta el testamento o el matrimonio” (Rengifo, 2012, p. 25).

La fiducia en el derecho anglosajón

En el derecho anglosajón la figura conocida como el *trust* tuvo su origen en los *uses*, que utilizaba el pueblo en defensa de las pesadas cargas tributarias que imponía el régimen feudal a los vasallos y el impedimento de que las comunidades religiosas pudieran poseer bienes inmuebles de acuerdo con el estatuto de manos muertas, *statute of mortain*.

Casas Sanz (1997) respecto al *statute of mortain*, sostiene que: “Así se expide el estatuto de manos muertas, el cual prohibió a los religiosos adquirir y poseer bienes raíces con base en el hecho de que, al estar en su poder la tierra no cumplía con las finalidades que le eran propias” (p. 22).

Esa carga tributaria impuesta a los vasallos y el impedimento de que las comunidades religiosas tuviesen bienes inmuebles fue lo que permitió establecer la institución jurídica conocida como el *use*, que en pocas palabras significaba confianza, pues lo que se buscaba era una persona que adquiriera la propiedad para luego entregar el uso, el goce y el disfrute a los religiosos.

Para Gallo (2008), “Es importante resaltar que con esta figura los religiosos eran los beneficiarios y por ello no tenían el deber de pagar las cargas económicas y personales que imponía el rey, mientras que el *feoffe* o prestanombres era la persona que estaba obligada a cumplir con estas cargas económicas que imponía la corona real (p. 11).

El *use* se utilizaba para transferir la propiedad de tierras que una persona (*cestiu que use*) hacía a otra (*feoffe to use*) en beneficio del mismo o de un tercero, con el compromiso de que el uso y goce de la tierra radicara en cabeza de quien la transfería, aun cuando la propiedad la tuviera quien la recibía, en virtud de la confianza y la buena fe. La celebración del *use* originaba una doble propiedad: una legal, cuyo titular era quien recibía las tierras, la cual se regía por la ley del *Common Law*, y la otra, la del beneficiario del *use* en equidad, *equity*



law, protegida por los cancilleres, en su mayoría eclesiásticos (Hernández, 2013).

Muchos usos fueron reconocidos por fuerzas legales con el nombre de trust. Con la expedición de la Ley judicial de 1873 se estableció que éstas prevalecían en caso de conflicto entre las normas del derecho común y las de equidad.

Por casi ciento cincuenta años el use dependió enteramente de la persona encargada de la propiedad, en razón de que al no haber documento escrito la institución no tuvo protección en las cortes del *common law*, empero, hacia final del siglo XIV, el chancellor, quien era el encargado de administrar la jurisdicción basada en la equidad (*equity*) comenzó a expedir decretos con el fin de protegerla. Los tribunales de equidad comenzaron a reconocer ciertos derechos a los beneficiarios, los cuales se consolidaron años más tarde en la elaboración de un sistema de propiedad equitativa (Rengifo, 2012, p. 30).

En resumen, el *trust* significaba que una persona negociaba con otra una propiedad para el beneficio de un tercero. Es decir, la transferencia que una persona hacía a otra en confianza para que esta última persiguiera un fin mismo para su beneficio o beneficio de otro. Gallo (2008), afirma acerca del *trust*:

El *trust* es una de las figuras jurídicas más conocidas y originales del derecho común anglosajón. Sin embargo, es gracias a la evolución y el desarrollo de la equidad dentro del sistema jurídico inglés, que ha llegado a su auge como institución jurídica útil para un sin número de negocios y contratos. La creación de la institución jurídica del *trust* se considera como la contribución más importante del derecho de equidad al sistema legal anglosajón (p. 10).

La idea fundamental del *trust* radica en la escisión del derecho a la propiedad, haciendo que de la administración y de su provecho económico, una o varias personas tengan la propiedad de determinados bienes, los cuales se administran en

beneficio de un tercero o para un fin determinado (Hayzus, 2001).

A partir del concepto del *trust* se define y entiende en Colombia la figura denominada fiducia. Su conceptualización permite comprender cómo esta figura jurídica de raíces anglosajonas cobra vital relevancia en la celebración de contratos basados en la confianza y en el correcto manejo o uso de los bienes a un tercero.

La fiducia en el ordenamiento jurídico colombiano

La Ley 45 de 1923 reguló el normal funcionamiento de los establecimientos bancarios, organizó las especialidades de la industria bancaria, trajo el sistema de inspección de la Superintendencia Bancaria, “encargada de la ejecución de las leyes que se relacionaran con los bancos comerciales, hipotecarios, el Banco de la República y todos los demás establecimientos que hiciesen negocios bancarios en Colombia” (art. 19) y consagró por primera vez la palabra sección fiduciaria, que era el área de un banco encargada de tomar, aceptar y desempeñar los encargos de confianza que le fueran legalmente encomendados (art. 7).

En esta ley, el fideicomiso era “todo encargo de confianza de los en ella expresados, y por fideicomisario el individuo o entidad a quien se encomienda tal encargo” (art. 7). Así mismo, se reconoce que el superintendente bancario podía conceder autorización a los establecimientos bancarios que hicieran negocios en Colombia para establecer o mantener la sección fiduciaria para actuar como albacea, administrador fideicomisario (art. 71).

Cabe mencionar que la llamada Superintendencia Bancaria tenía la facultad de conceder a los establecimientos bancarios “el derecho de obrar como fideicomisarios, albaceas, administradores, registradores de acciones y bonos, curadores de herencia, mandatarios, depositarios, curadores de bienes de dementes, menores, sordomudos, ausentes y personas por nacer” (art. 105). Así como para ejercer funciones de agentes fiscales y en tal carácter (i) recibir y entregar dinero y en tal



carácter traspasar, registrar y refrendar títulos de acciones, bonos u deudas, (ii) ejecutar fideicomisos de mujeres casadas o divorciadas para servir de administrador de sus propiedades, (iii) obrar como fideicomisario en las hipotecas o bonos dados por corporaciones nacionales y extranjeras, (iv) obrar como fideicomisario de bienes de menores y como depositarios de sumas consignadas en los juzgados en beneficio del menor o de otra persona o entidad, entre otras (art. 107).

En definitiva, los establecimientos bancarios actuaban como fideicomisarios, es decir, a quienes se les daba un encargo determinado para administrar dinero, bienes, bonos, prendas etc., basados en la confianza del negocio.

Posteriormente, la Ley 45 de 1990 expidió normas en materia de intermediación financiera, reguló la actividad aseguradora e impulsó la actividad fiduciaria estableciendo que “los establecimientos de crédito no podrían prestar servicios fiduciarios” (art. 6). Además, indicó que “los establecimientos de crédito deberán presentar para aprobación de la Superintendencia Bancaria los programas para el desmonte de sus secciones fiduciarias” (art. 6), es decir, quien tenía el control sobre la fiducia eran las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, quitándole dicha facultad a los establecimientos bancarios.

Según Asobancaria, entidad que representa al sector financiero en Colombia, la Ley 45 de 1990:

Es una de las reformas estructurales más importantes del sistema financiero colombiano. Estuvo orientada hacia la liberalización de los mercados y la internacionalización de la economía, y dio paso a la estructura de la multibanca dentro del modelo de matrices y filiales. Mediante ésta se autorizó la participación de los establecimientos de crédito en la propiedad de entidades orientadas a la gestión de portafolios, actividades fiduciarias, la administración de pensiones y cesantías, y la venta de seguros y corretaje. Otro de sus aportes fue la autorización al Ejecutivo para expedir el primer Estatuto

Orgánico del Sistema Financiero, el cual estaba contenido en el Decreto Ley 1730 de 1991.

De manera semejante, la Ley 35 de 1993 reguló la actividad financiera, bursátil y aseguradora relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, indicando por primera vez que “las sociedades fiduciarias podrían celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para tal efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública” (art. 16). En desarrollo de las facultades que esta ley otorgó al gobierno nacional para la actualización de la normatividad financiera, se expidió el Decreto-Ley 663 de 1993, actual Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ese decreto ley estableció la naturaleza jurídica de las sociedades de servicios financieros, indicando que “son sociedades de servicios financieros las fiduciarias” (art. 3), las cuales tienen por función realizar las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad. Adicionalmente, en su artículo 29 estableció las actividades que pueden llevar a cabo las sociedades fiduciarias.

Es importante indicar que el mencionado decreto ley estableció el contrato de encargo fiduciario, de acuerdo con el cual le son aplicables todas las normas que regulan el contrato de fiducia mercantil y el contrato de mandato regulados por el Código de Comercio (art. 146).

A su vez, la Constitución Política de Colombia de 1991 consagró las actividades financieras y bursátiles que tenían que ver con el aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, los cuales son de interés público y sólo se pueden ejercer previa autorización del Estado (art. 335).

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, además de indicar el objeto de los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias, introdujo la llamada fiducia pública, indicando que aquellos “contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta



sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados” (art. 32). Esta figura la utilizan las entidades estatales para celebrar negocios jurídicos de confianza con las fiduciarias, para el manejo y la correcta administración de los bienes del Estado.

Concretamente, el Decreto 410 de 1971, por el cual se expidió el Código de Comercio, consagró que “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” (art. 1226). Así mismo, sostiene que el fiduciante y el beneficiario pueden ser la misma persona, y que sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias autorizadas por la actual Superintendencia Financiera podrían tener la calidad de fiduciarios.

En resumen, en el Código de Comercio se establecieron las principales características de estos negocios jurídicos: a) una fiducia se debe constituir entre vivos y mediante escritura pública (art. 1228), b) quedan prohibidas las fiducias de negocios secretos y aquellas donde el beneficio se otorgue a diversas personas sucesivamente (art. 1228), c) la separación de los bienes fideicomitidos a los del activo fiduciario forman parte de un patrimonio autónomo (art. 1233), d) los deberes indelegables del fiduciario (art. 1234), e) los derechos del beneficiario (art. 1234) y f) la responsabilidad del fiduciario, quien debe responder hasta por culpa leve en cumplimiento de la gestión encomendada (art. 1243).

Objeto, partes y obligaciones de la fiducia mercantil en el ordenamiento jurídico colombiano

Objeto del contrato de fiducia mercantil

Desde la constitución de la fiducia y su significación con el derecho comercial colombiano se ha dejado

claro que ésta tiene como finalidad llevar a cabo un cometido, en virtud del negocio celebrado entre las partes. “El objeto de dicho negocio jurídico es el de enajenar o administrar los bienes fideicomitidos para el cumplimiento de una finalidad encomendada” (CE, Sala Contenciosa Administrativa, No. 7739, 1996).

Por su parte, el objeto del contrato de fiducia mercantil se reduce al hecho de cumplir con una finalidad determinada y previamente indicada por el fideicomitente. Según la Sentencia No. 11001-3103-039-2000-00310-01, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2009), “Comporta el negocio jurídico de fiducia mercantil, la transferencia real y efectiva de uno o más bienes, el encargo de gestión reflejado en su administración o enajenación, la finalidad determinada en interés del constituyente, beneficiario o fideicomisario y la remuneración del fiduciario”.

Ahora bien, como lo indica el Código de Comercio (art. 1226), el fiduciante o también llamado fideicomitente transfiere los bienes a la fiduciaria, quien se obliga a administrarlos o cumplir una labor encomendada, y en virtud de ello la constitución de un patrimonio autónomo, diferente al suyo, sin su total disposición.

Como lo afirma la Sentencia No 05001-23-31-000-2006-01516-01(16642), emitida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2008):

Los bienes objeto de la fiducia salen del patrimonio del fideicomitente pero no entran al del fiduciario; además, para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.

Con base en lo anterior, se puede concluir que tanto la transferencia de dominio del fiduciante a la fiduciaria para cumplir con la labor encomendada, como la

constitución de un patrimonio autónomo, el cual se convierte en receptor de derechos y obligaciones derivados de los contratos que se ejecuten en virtud del contrato de fiducia, son elementos propios del contrato de fiducia mercantil, el cual pueden celebrar entidades públicas, cuya finalidad es entregar la administración de los recursos del Estado al fiduciario para que, a partir de la constitución del patrimonio autónomo, los administre y se pueda cumplir el cometido estatal.

Partes del contrato de fiducia mercantil

La jurisprudencia constitucional indica que en el contrato de fiducia mercantil intervienen tres partes: 1) El fideicomitente o constituyente, propietario del bien que entrega en fiducia, 2) El fiduciario, persona a quien se encomienda la propiedad hasta tanto se verifique el cumplimiento de la condición, momento en el cual debe restituirla al beneficiario del fideicomiso y 3) El fideicomisario, persona a cuyo favor se constituye el fideicomiso y en favor de quien debe llevarse a cabo la restitución del bien cuando se cumpla la condición (Corte Constitucional, sentencia C-046/17, 2017).

En ese sentido, el contrato fiduciario consta de tres partes: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, o también llamado tercero beneficiario. Cabe anotar que el fideicomitente puede ser el mismo beneficiario.

Fideicomitente

Persona natural o persona jurídica que transfiere el bien o los bienes a la fiduciaria para que se lleve a cabo el fin encomendado. González (2019) manifiesta que “El fideicomitente, fiduciante o constituyente del negocio, persona natural o jurídica, o patrimonio autónomo, quien transfiere un bien o conjunto de bienes al administrador fiduciario” (p. 82).

Es decir, el fiduciante o fideicomitente es quien transfiere el dominio de los bienes a la fiducia para constituir el patrimonio autónomo. Si en el contrato de fiducia mercantil interviene una entidad pública, se puede concluir que el fideicomitente necesariamente

tiene que ser esa entidad estatal, que tiene una necesidad institucional, a partir de lo cual entrega los bienes a la fiduciaria para su administración o gestión.

Fiduciaria

Como lo indica la Asociación de Fiduciarias de Colombia (Asofiduciarias), las sociedades fiduciarias son aquellas entidades de servicios financieros o sociedades anónimas autorizadas, sujetas a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia que administran los activos de acuerdo con las instrucciones establecidas por el fideicomitente y las normas que lo regulen.

Esto quiere decir que las fiduciarias necesariamente tienen que ser personas jurídicas, legalmente constituidas y vigiladas por la Superintendencia Financiera. Este fiduciario es la persona a la cual se le transfiere el bien o los bienes para cumplir la finalidad encomendada.

De la Hoz (2018) afirma que:

La fiduciaria tiene un deber de diligencia, cuidado, previsión y profesionalismo en la administración de los recursos que le son transferidos que son los que otorgan a las partes contratantes la confianza que se pretende brindar mediante el contrato en la administración de los bienes destinados al cumplimiento de la finalidad prevista. (p. 31)

Cabe destacar, además, que en términos prácticos la fiduciaria recauda, administra y gestiona los negocios encargados por el fideicomitente, pero adicionalmente si ese fideicomitente es una entidad estatal, es claro que la sociedad fiduciaria administrará recursos de carácter público entregados en confianza para poder cumplir con el interés general.

Ahora bien, es importante precisar que los contratos de fiducia mercantil celebrados por entidades públicas surgen no sólo a partir de las necesidades estatales sino también a partir de lo que determine el legislador en la norma.



Tercero beneficiario o fideicomisario

Puede ser una persona natural o jurídica. Como se indicó, también puede ser el mismo fideicomitente u otra persona delegada por éste, en el cual recae el beneficio y las ganancias de la labor encomendada y gestionada por la fiduciaria.

Obligaciones principales de las partes del contrato de fiducia mercantil

En primer lugar, el fideicomitente tiene como obligación principal señalar la finalidad del fideicomiso. “El fiduciante, fideicomitente o constituyente es quien transfiere la propiedad de los bienes objeto del contrato y determina la finalidad del encargo” (Gómez, 2015, p. 8). Él mismo debe transferir el bien o los bienes objeto del contrato, los cuales son administrados por la fiduciaria. Ossa (2015) indica al respecto:

El negocio no es, entonces, de obligación de hacer transferencia de los bienes, sino de la transferencia misma y, como contrato real que es, el negocio requiere para su perfeccionamiento y cumplimiento de la finalidad, que el fideicomitente realice la tradición de los bienes, cuando se trata de fiducia mercantil o le haga entrega de éstos, cuando se constituye un encargo fiduciario. (p. 10)

Por su parte, el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP, 2021), en el concepto radicado 06036, define que “Dichos bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo”.

En segundo término, se indicó que el fiduciario ostenta una capacidad de gestor que representa derechos, obligaciones y deberes frente al fideicomitente o al tercero beneficiario. El Código de Comercio Colombiano señala como un deber indelegable de la fiduciaria “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (numeral 1, artículo 1234). Sin embargo,

dada la amplitud y complejidad de la disposición normativa, se entiende que el encargo no puede ejercerse sin limitación, sino que debe circunscribirse a las instrucciones que se hayan impartido en el contrato fiduciario.

En consonancia con lo descrito, resulta claro que la obligación principal del fiduciario en el contrato de fiducia mercantil es cumplir con el fin o la finalidad que se le ha encargado, siempre y cuando dicha finalidad esté dentro de los límites impartidos por el fideicomitente, la constitución política, la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Es decir, a la fiduciaria le está completamente restringido darle un uso diferente a los bienes o dineros entregados, pues como vocera y administradora del patrimonio autónomo siempre debe actuar bajo las instrucciones que le sean impartidas por el constituyente; además, tiene como deber indelegable “mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios” (Cód. Com, art. 1234, 1971).

En definitiva, la confianza es la base de la celebración de los negocios fiduciarios, ya que el fideicomitente confía en la fiduciaria para que cumpla la finalidad encomendada, por lo cual esta última no puede ejecutar labores diferentes a la finalidad consagrada en el objeto del negocio fiduciario.

Por su parte, el tercero beneficiario, que puede ser el mismo fideicomitente, tiene como deber primario beneficiarse de la gestión encomendada a la fiduciaria y puede “Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas” (Cód. Com, art. 1235, 1971).

Finalmente, en los contratos de fiducia mercantil celebrados por entidades públicas, por regla general el fideicomitente, es decir, la entidad estatal, es el beneficiario del contrato, que a partir de la necesidad también se ve beneficiado de la ganancia y la labor encomendada por la fiduciaria, que al final de cuentas es haber cumplido el fin estatal.

Elementos estructurales del contrato de fiducia mercantil

Es importante aclarar que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, en su artículo 13 indica que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en aquella ley, lo cual supone que el contrato de fiducia mercantil celebrado por una entidad estatal tiene a su cargo instrumentos de derecho privado pero, además, a la luz del artículo 32 del estatuto, configura un contrato estatal.

Dicho esto, a continuación se indican algunas particularidades del contrato de fiducia mercantil estatal que dan mayor claridad o entendimiento en su conceptualización.

De acuerdo con su reglamentación, es un contrato nominado, ya que se encuentra regulado en el Código de Comercio (artículos 1226 al 1244). De igual forma, lo cobijan las disposiciones del Código Civil y del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Este contrato es típico, pues según Camacho (2005), "Al hablar de tipicidad nos estamos refiriendo a la regulación que hace el ordenamiento jurídico" (p. 2). Es decir, el contrato fiduciario mercantil se encuentra previsto en la ley, teniendo como consecuencia una serie de normas que regulan sus aspectos esenciales.

De acuerdo con su formación, este contrato es solemne, pues se encuentra sujeto a la observancia de formalidades especiales, de tal manera que sin ellas no produce ningún efecto, es decir, si no cumple ciertos requisitos, determinados y especiales, el contrato no es válido como tal (Código Civil, art. 1500, 1873).

En cuanto a sus efectos, el contrato de fiducia mercantil es bilateral, pues genera obligaciones, derechos y deberes para las partes: para el fiduciario, quien debe llevar a cabo el negocio o fin encomendado, que puede ser un cometido estatal, mediante la

gestión o la administración de lo encargado; y para el fideicomitente o fiduciante, quien además de señalar la finalidad del fideicomiso debe hacer la transferencia del bien o los bienes a la fiduciaria.

Así mismo, este contrato fiduciario es principal, pues existe por sí solo y no necesita adherirse a otro para nacer a la vida jurídica, es decir, no necesita de otro contrato para ser válido. Por otra parte, es oneroso, ya que los involucrados tienen una carga prestacional recíproca. Por ejemplo, una entidad estatal que sea el fideicomitente en un contrato de fiducia mercantil transfiere dinero a una fiduciaria para llevar a cabo un cometido estatal, para la entidad pública el beneficio es el cumplimiento de la finalidad querida; por su parte, la fiduciaria gestiona o administra el dinero beneficiándose con una remuneración.

Según el artículo 1498 del Código Civil, también se trata de un contrato conmutativo, pues las partes están en la obligación de dar o hacer determinada cosa para realizar un negocio jurídico. Es decir, el fideicomitente transfiere los bienes y la fiduciaria se encarga de administrarlos o gestionarlos.

Ahora bien, de acuerdo con las obligaciones de las partes, el contrato de fiducia mercantil es de carácter temporal, pues la intervención de la fiduciaria es transitoria, ya que una vez cumple con la gestión encomendada por el fideicomitente, el contrato de fiducia termina y se debe liquidar porque ya cumplió la finalidad encomendada en el acto constitutivo inicial.

Como se indicó, fiducia significa confianza y fidelidad. Dicha confianza es un elemento estructural del contrato de fiducia mercantil, ya que su principal objetivo es cumplir una labor encomendada, lo cual únicamente puede realizar la fiduciaria, que tiene los conocimientos técnicos para hacerlo.

En términos muy sencillos, Rengifo (2012) explica lo que significa confianza:

El principio de confianza significa, en términos coloquiales, que si me encuentro en Bogotá y conduzco mi vehículo por la carrera séptima en



el sentido sur a norte, por ese mismo carril no me toparé con otro carro que se dirija norte a sur. El principio de confianza es el fundamento de la actividad en equipo, de la división de trabajo y, obviamente, de aquellos contratos de colaboración en que cada parte debe hacer lo suyo, para contribuir en el logro de un propósito común; o mejor, el fundamento de aquellos contratos en donde se confía en que cada una de las partes haga lo propio para la satisfacción de la otra o de las otras, o de la finalidad para la cual fue establecido el respectivo negocio (p. 218).

En otras palabras, por más simple o difícil que parezca el negocio jurídico, la confianza permite que las dos partes del contrato colaboren para cumplir con el fin encomendado.

Para finalizar, es importante indicar que el contrato de fiducia mercantil se asimila al contrato de mandato, el cual se encuentra regulado en artículo 2142 del Código Civil. Según dicho artículo, el mandato es un contrato en el que una persona confía la gestión de determinados negocios a otra, quien se encarga de gestionar por cuenta y riesgo de la primera. Así, en el contrato de fiducia mercantil el fideicomitente le confía la gestión de un negocio determinado a una fiduciaria para que lleve a cabo el desarrollo del fideicomiso.

El patrimonio autónomo y su relación para la ejecución del contrato estatal

El encargo fiduciario y la fiducia pública

Estas dos figuras, el contrato de fiducia pública y el encargo fiduciario, están contempladas en el artículo 32 numeral 5 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que indica como premisa que en estos contratos no hay transferencia de recursos públicos y, por ende, no hay constitución de patrimonios autónomos.

Según la Sentencia 1074, emitida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

(1998), en la fiducia pública y en el encargo fiduciario no se da la transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales ni se constituye un patrimonio autónomo distinto del propio de la entidad estatal. Así mismo, los contratos de fiducia pública tienen como sujeto contratante a las entidades estatales, de manera que no se pueden delegar en las sociedades fiduciarias. Así como la remuneración o comisión de la fiduciaria no se puede pactar con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que se encuentren presupuestados.

Dicho de otra manera, "En los encargos fiduciarios y en las fiducias públicas no hay transmisión del dominio a la fiduciaria" (CE, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo No 7600123250002002002601 (23623), 2004). En la fiducia pública y en el encargo fiduciario la entidad fideicomitente, que es una entidad estatal, entrega los bienes a la fiduciaria sin el título de dominio, es decir, no salen del patrimonio de la entidad estatal ni constituyen un patrimonio autónomo diferente.

Ahora bien, en cuanto a la diferencia entre el encargo fiduciario y la fiducia pública, Rengifo (2012) sostiene lo siguiente:

Puede decirse que la única diferencia existente entre la fiducia pública y el encargo fiduciario radica en la destinación de los recursos manejados, pues el encargo sería el aplicable para el manejo de los recursos derivados de los contratos estatales, mientras la fiducia, con las limitaciones anotadas, sería la adecuada para cualquier otro fin buscado por la administración (p. 248).

Teniendo claro el concepto de estas figuras jurídicas y su diferenciación, a continuación se establece la diferencia entre éstos y el contrato materia de estudio. Según lo indica la sentencia C-483/2017 emitida por la Corte Constitucional (2017):

El contrato de fiducia mercantil difiere del de fiducia pública. La figura de la fiducia pública, que es diferente de la sociedad fiduciaria pública, se encuentra contemplada

en el numeral 5° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual señala, entre otras cosas, que: los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren". En relación con ello, esta Corporación a través de la sentencia C-086 de 1995 estimó que aunque el Estatuto General de la Contratación Pública creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", se puede entender que éste "(...) no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

Con base en lo anterior, se puede indicar que existen dos elementos diferenciales de los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario con el contrato de fiducia mercantil. El primero radica en que en la fiducia mercantil se transfieren los bienes fideicomitidos a la sociedad fiduciaria, constituyéndose un patrimonio autónomo diferente tanto al de la entidad estatal como al de la sociedad fiduciaria. Por otra parte, el segundo consiste en que en la fiducia mercantil "La transferencia de los bienes fideicomitidos constituye una circunstancia de ejecución de los mismos en el presupuesto de la entidad pública fideicomitente" (Ching, 2020, p. 14). Es decir, mientras que en la fiducia pública y el encargo fiduciario al no existir transferencia de los bienes no hay ejecución en el presupuesto del fideicomitente como entidad estatal.

Celebración y ejecución del contrato de fiducia mercantil por parte de las entidades estatales

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 indica que son contratos estatales "todos los actos jurídicos

generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad". Con base en esto, se puede establecer que un contrato es estatal cuando una de las partes es una entidad pública, desde un punto de vista funcional y orgánico, y se acompaña con lo establecido en el artículo 2° de aquella disposición normativa.

Como lo establece Benavidez (2004), "El que una de las partes sea una entidad estatal parece no solamente un elemento necesario para calificarlo como contrato estatal, sino un elemento suficiente, ya que en principio todos los contratos celebrados por entidades públicas tienen el carácter de contrato estatal (p. 50).

Por otra parte, el Consejo de Estado se pronunció al respecto diciendo:

Adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No.: 68001-23-15-000-1997-00942-01 (16246), 2011).

Conviene destacar que el mencionado Estatuto indicó en su artículo 13 que "los contratos que celebren las entidades estatales a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley" (Ley 80, art.13, 1993). En resumen, los contratos estatales tienen en su configuración sustancial, natural y accidental instrumentos de derecho privado.



Franco (2019) indica al respecto:

El contrato estatal, administrativo, público o gubernamental constituye un espacio de encuentro de la dicotomía del derecho privado y el derecho público en el que estos campos jurídicos se articulan, en lugar de confrontarse, en las diferentes etapas de su formación, celebración, ejecución y liquidación (p. 243).

Así las cosas, es claro que las entidades estatales pueden celebrar contratos de fiducia mercantil con sociedades fiduciarias cuyo fin sea satisfacer el interés general, es decir, cumplir fines estatales, buscar la continua y eficiente prestación de servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados (Ley 80, art.3, 1993). Además, que tengan como propósito transferir bienes o recursos para su gestión o administración y, por ende, constituir el patrimonio autónomo.

Ahora bien, para que una entidad pública celebre un contrato de fiducia mercantil debe iniciar un proceso de selección, con la rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en la ley (Ley 1150, art.25, 2007). Este proceso debe sujetarse a los principios de la contratación pública, “los cuales están orientados a brindar las herramientas que permitan hacer de la contratación un instrumento ágil de gestión pública” (Benavides, 2014, p. 213). El contrato de fiducia mercantil lo celebran las siguientes partes: el fideicomitente, que es la entidad pública, y la sociedad fiduciaria, que es la sociedad de servicios financieros legalmente constituida que administra los bienes fideicomitados. Así mismo, se debe contemplar que puede haber un tercero beneficiario, que además puede ser el mismo fideicomitente.

Es importante resaltar que los recursos transferidos por la entidad estatal a la fiduciaria constituyen un patrimonio autónomo propio, que es diferente al de la entidad estatal y al del fiduciario.

El patrimonio autónomo, esencia del contrato de fiducia mercantil

El patrimonio autónomo se constituye a partir de los bienes que transfiere la entidad estatal, como fideicomitente, a título de fiducia mercantil. Su finalidad debe aparecer en el contrato fiduciario. Ese patrimonio autónomo no tiene personería jurídica; por tanto, su constitución no origina un nuevo sujeto de derecho (Rodríguez, 2017).

En consonancia con lo anterior, los patrimonios autónomos son receptores de derechos y obligaciones pero carecen de personería jurídica, por lo cual, procesalmente hablando, la sociedad fiduciaria actúa como su vocera. Como lo indica la Sentencia No. 1909/2005, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2005):

Los patrimonios autónomos que se denominan así justamente porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica; y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de inocultable utilidad socioeconómica, las cuales pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigios.

Una vez constituido el contrato fiduciario, ese patrimonio autónomo se vuelve sujeto de derechos, lo cual quiere decir que si en ejecución del contrato se presentan actuaciones procedimentales o procesales en las que se vea involucrado tanto económica como financieramente, el llamado a responder no es la entidad estatal como fideicomitente, sino el patrimonio autónomo creado para tal fin.

Así mismo, el artículo 53 de la Ley 1563 de 2012, Código General del Proceso, reconoce que los patrimonios autónomos tienen capacidad para ser parte en los procesos judiciales. Por su parte, el artículo 54 de esta misma ley indica que “las personas

jurídicas y los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos”, aclarando, además, que “en el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocero”.

Al respecto, González (2019) indica que:

El patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del C. de P. Civil, en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad (p. 203).

Esto quiere decir que los patrimonios autónomos tienen capacidad para hacer parte de un proceso, pero que además se constituyen a través de sociedades fiduciarias, que en todas y cada una de las actuaciones que comprometan el patrimonio comparecerán por medio de su representante legal o apoderado, quien actuará únicamente como su vocero.

Al respecto, la Superintendencia Financiera de Colombia indica lo siguiente sobre los patrimonios autónomos, haciendo referencia al alcance del artículo 1232 del Código de Comercio:

Como consecuencia de la formación de ese patrimonio autónomo y dada su afectación al cumplimiento de la finalidad señalada en el

acto constitutivo, él se convierte en un centro receptor de derechos subjetivos pudiendo ser, desde el punto de vista sustancial, titular de derechos y obligaciones, y desde el punto de vista procesal, comparecer a juicio como demandante o demandado a través de su titular -el fiduciario- (Circular 046 de 2008).

En resumen, por expresa disposición legal del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, que reglamentó los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio, se indica que corresponde a la entidad fiduciaria ser la vocera y administradora del patrimonio autónomo:

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia (Dec. 2555, art. 2.5.2.1.1, 2010).

Es decir, la sociedad fiduciaria actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo, mientras que la entidad estatal, como fideicomitente del contrato, instruye al fiduciario para que celebre y ejecute diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr el fin estatal, de conformidad con las obligaciones detalladas en el contrato fiduciario celebrado por las partes.

Separación patrimonial de los bienes de la fiduciaria y del fideicomiso

Según el artículo 1233 del Código de Comercio, “Los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”. En



ese sentido, se puede indicar que en el contrato de fiducia mercantil existe el principio de separación patrimonial que rige entre las sociedades fiduciarias y los patrimonios autónomos administrados.

Además, cabe mencionar lo que afirma la sentencia SC-20450/2017, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2017):

El Código de Comercio, persigue el Derecho que el fiduciante pueda lícitamente destinar un bien o conjunto de bienes, que ya no serán parte de su patrimonio, al cumplimiento de un encargo así mismo lícito por parte de la sociedad fiduciaria, a cuyo patrimonio tampoco entran ellos y, por ende, no forman parte de la prenda general de sus acreedores y por tal motivo debe mantenerlos separados del resto de sus activos y de otros fideicomisos. Ese patrimonio autónomo, si bien no es un sujeto de derechos y obligaciones, en la práctica conforma una universalidad jurídica cuya vocera, la sociedad fiduciaria, tiene su personería para defender los derechos y obligaciones asignados al mismo.

Por su parte, la sentencia radicado 1909/2005, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2005), expresa lo siguiente:

El patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como un patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad.

Este marco normativo permite afirmar que una cosa es el patrimonio de la sociedad fiduciaria y otra el que administra, que además proviene de los bienes o recursos públicos que transfiere la entidad gubernamental para llevar a cabo un fin estatal. "Los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo" (Cód. Com, art. 1233, 1971).

Así mismo, a la luz de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1234 del Código de Comercio, el cual indica los deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, la sociedad fiduciaria debe "mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios" y "llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente".

Esto implica que los bienes afectos y transferidos al patrimonio autónomo responden por las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, por lo que quien contrata con el patrimonio autónomo debe saber qué activos respaldan los compromisos contraídos en desarrollo del negocio jurídico.

A continuación se transcribe el Laudo Arbitral denominado Drug Pharmaceutical S.A. - Drug S.A. vs. Alianza Fiduciaria S.A. Bogotá, D. C., del 23 de marzo de 2006, a través del cual se indicó lo siguiente:

El tribunal encuentra claramente regulados dos aspectos del contrato de fiducia: cuando se constituye un patrimonio autónomo debe permanecer separado del patrimonio de la fiduciaria, y la representación de dicho patrimonio corresponde a la fiduciaria. No puede la fiduciaria ocultar su calidad de representante del patrimonio autónomo frente a terceros, pues su actuación en representación del mismo, siempre debe quedar claramente

expresada. Luego, si es la fiduciaria la representante del patrimonio autónomo para actuar ante terceros, también lo debe ser para demandarlos o ser demandado. Es el patrimonio autónomo quien responde contractualmente de la ejecución del contrato y quien debe ser demandado por su inejecución, cumplimiento tardío o defectuoso, claro está, representado por la sociedad fiduciaria (p. 6).

Ahora bien, para garantizar la independencia de los bienes del fiduciario a los del fideicomiso, las sociedades fiduciarias se identifican con su número tributario (NIT), que es diferente al de los patrimonios autónomos que administra. Adicionalmente, cada uno de estos patrimonios autónomos administrados se identifica por el nombre y por las partes involucradas, así como por los bienes encomendados y la finalidad perseguida (Rendón, 2021).

El contrato de fiducia mercantil en ejecución de los fines estatales

La gestión o administración de recursos públicos por parte del fiduciario necesariamente implica la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera y el control de la Contraloría General de la República, de acuerdo con la Constitución política y las normas de la materia (Ley 80, art. 32, 1993).

En otras palabras, a pesar de que las sociedades fiduciarias son entidades privadas que se rigen por las normas de derecho privado y tienen su propio control y vigilancia, por el simple hecho de administrar recursos públicos, la Contraloría, como máximo órgano del control fiscal del Estado, está en la obligación de salvaguardar esos recursos públicos administrados por particulares (Const. P. Art. 267, 1991), solicitando al fiduciario el reporte económico, contable y financiero de la gestión del patrimonio autónomo. Como lo indica la sentencia C-1191/2000, emitida por la Corte Constitucional (2000):

El control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto. Dicho control se extiende a las actividades,

operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos o particulares, y su objeto es el de verificar, mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno- que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la Constitución y la ley.

No se debe ignorar que a pesar de que la entidad estatal es a la que le corresponde por disposición legal entregar los recursos o bienes al fiduciario para que los administre o gestione, las decisiones sobre todas y cada una de las actuaciones que ocurran en torno al patrimonio autónomo las toma e imparte ella como fideicomitente del contrato de fiducia mercantil.

En otras palabras, el límite obligacional del fiduciario es administrar los recursos que integran el patrimonio autónomo y suscribir los documentos que se deriven de éste. Mientras el límite obligacional de la entidad pública como fideicomitente del contrato, es controlar y hacer seguimiento de las funciones públicas que le corresponden y que giran en torno al patrimonio autónomo.

En resumen, mientras que el fiduciario cumple con las obligaciones de pago y administración de recursos, la entidad pública debe tomar las decisiones técnicas, jurídicas y financieras que se originan de la celebración de contratos y la suscripción de documentos por parte del patrimonio autónomo, porque a pesar de que ese patrimonio fue entregado a un tercero para su administración, sigue en cabeza del ente gubernamental el permitir y hacer que se cumpla la finalidad estatal.

En ese sentido, la suscripción de los documentos de cualquier índole por parte del patrimonio autónomo implica la materialización de la voluntad del fideicomitente, sin hacer a un lado la naturaleza del contrato de fiducia mercantil y las obligaciones y responsabilidades que de éste se originen. Además, porque el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prohíbe expresamente a las



fiduciarias ejercer el cumplimiento de funciones públicas que no le corresponden y que no tiene autorizadas.

Finalmente, en virtud del contrato de fiducia mercantil, es la entidad estatal la que tiene a su cargo la toma de decisiones relacionadas con el patrimonio autónomo, tanto en su planeación como en su ejecución, y para impartir a la fiduciaria el manejo de los recursos. En ese sentido, no podía ser de otra forma, pues de lo contrario se desconocería el papel de las fiduciarias como sociedades de servicios financieros, asignándole conocimiento y responsabilidades en materias que no hacen parte de su objeto ni función social, desconociendo también la limitación que existe para las fiduciarias de realizar únicamente las operaciones que por ley le son autorizadas.

Es importante indicar que las responsabilidades y el papel de las partes en la celebración del contrato fiduciario deben quedar explícitos en los documentos que hacen parte del contrato, como el pliego de condiciones, los estudios previos, las preguntas y respuestas que puedan surgir en desarrollo de la licitación o concurso, si el caso, en los manuales operativos, financieros, económicos y de contratación del patrimonio autónomo, entre otros.

Esto permite que a las partes les queden claras sus funciones, sus papeles y limitaciones en desarrollo y ejecución del contrato fiduciario. Además, evita los posibles conflictos procesales que se puedan presentar entre las partes y entre los terceros que se vinculen con el patrimonio autónomo, sin desconocer que ese contrato estatal se celebra para satisfacer un interés general y se debe cumplir.

CONCLUSIONES

El contrato fiduciario tiene su origen en el derecho romano y en el derecho anglosajón, instituciones jurídicas que hicieron que la celebración de este tipo de contratos se basara en la confianza y en el correcto ejercicio de la labor encomendada en el acto constitutivo de la fiducia.

El contrato de fiducia mercantil, al ser celebrado por entidades estatales tiene a su cargo instrumentos de derecho público, además de regirse por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, ya que tiene como finalidad cumplir lo encomendado y previamente determinado por el fideicomitente como entidad estatal, haciendo real y efectiva la transferencia de bienes al fiduciario, y como consecuencia de ello, la constitución de un patrimonio autónomo receptor de derechos y obligaciones.

Se identificaron las principales características de los contratos de fiducia mercantil que celebran las entidades estatales, el régimen que les aplica, la constitución de un patrimonio autónomo diferente al activo de las fiduciarias y de la misma entidad pública, y su diferencia con otros contratos estatales que también se basan en la confianza.

Se concluye que el contrato de fiducia mercantil lo utilizan las entidades públicas para celebrar contratos con sociedades financieras expertas, como las fiduciarias, que administran o gestionan de la manera más eficiente los recursos públicos transferidos al fideicomiso y contribuyen al cumplimiento del interés general perseguido. Este contrato estatal, que se rige por las disposiciones normativas del derecho privado, se ha convertido en una herramienta para que con base en la confianza y la experticia, los entes gubernamentales cuenten con un aliado para la consecución de los fines del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Asobancaria. Normatividad, decretos, leyes y resoluciones que rigen el sector. Recuperado de <https://www.asobancaria.com/normatividad/#:~:text=ESTATUTO%20ORG%C3%81NICO%20DEL%20SISTEMA%20FINANCIERO,normas%20vigentes%20sobre%20la%20materia>.

Asociación de Fiduciarias de Colombia (Asofiduciarias). Negocios fiduciarios. Recuperado de <https://www.asofiduciarias.org.co/educacion-financiera/negocios-fiduciarios/>.

- Asociación de Fiduciarias de Colombia (Asofiduciarias). Cartilla fiduciaria. Recuperado de <https://www.asofiduciarias.org.co/wp-content/uploads/2017/12/CARTILLA-FIDUCIARIA-DEFINITIVA-7-julio-2011.pdf>.
- Benavides, J. (2004). *El contrato estatal: entre el Derecho Público y el Derecho Privado* (2ª. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. (2014). *Contratos públicos estudios* (1ª. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Camacho, M. (2005). Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *REVISTA e – Mercatoria* 4(1), (pp 2-4). Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2106>.
- Casas Sanz, E. (1997). *La fiducia, recuento histórico y evolución técnica y jurídica desde la ley 45 de 1923* (2ª. ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Casas Sanz, E. (2004). *Del trust anglosajón a la fiducia en Colombia* (3ª. ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Ching, J. (2020), La naturaleza jurídica de los contratos suscritos por patrimonios autónomos derivados de la celebración de contratos de fiducia mercantil por entidades públicas (trabajo de grado para obtener el título de Magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo). Recuperado de <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/3616>.
- Consejo de Estado (CE), sala contenciosa administrativa (julio 26 de 1996). M.P. Julio Enrique Correa Restrepo. No. 7739 (Colombia).
- Consejo de Estado (CE), sala de consulta y servicio civil (marzo 4 de 1998). M.P. César Hoyos Salazar. No. 1074 (Colombia).
- Consejo de Estado (CE), sala contenciosa administrativa (mayo 15 de 2003). M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. No. 76001232500020020026 (23623) (Colombia).
- Consejo de Estado (CE), sala de lo contencioso administrativo (noviembre 13 de 2008). M.P. Héctor Romero Díaz. No. 05001-23-31-000-2006-01516-01(16642) (Colombia).
- Consejo de Estado (CE), sala de lo contencioso administrativo (marzo 31 de 2011). M.P. Hernán Andrade Rincón. No. 68001-23-15-000-1997-00942-01(16246) (Colombia).
- Constitución Política de Colombia (1991). Colombia: Leyer.
- Corte Constitucional (CC) (septiembre 13 de 2000). Sentencia C-1191/2000 (Colombia).
- Corte Constitucional (CC) (febrero 1º de 2017). Sentencia C-046/17 (Colombia).
- Corte Constitucional (CC) (julio 13 de 2017). Sentencia C-483/2017 (Colombia).
- Copete, E. (1940). La fiducia. Editorial ABC.
- Corte Suprema de Justicia (CSJ), sala de casación civil (julio 1º de 2009). M.P. William Namen Vargas. No. 11001-3103-039-2000-00310-01/2009 (Colombia).
- Corte Suprema de Justicia (CSJ), sala de casación civil (diciembre 7 de 2017). M.P. Margarita Cabello Blanco. SC-20450/2017 (Colombia).
- Corte Suprema de Justicia (CSJ), sala de casación civil. Radicado 1909/2005 (Colombia).
- De la Hoz, L. (2018). Implicaciones jurídicas entre fidecomisocivil, la fiducia mercantil y la inembargabilidad de la propiedad en el territorio colombiano (trabajo de grado para obtener el título de abogado. Universidad de la Costa, Barranquilla). Recuperado de <https://repositorio.cuc.edu.co/handle/11323/124>.
- Decreto 410/1971 (marzo 27 de 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio (Colombia).
- Decreto Ley 663/1993 (abril 2 de 1993). Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema



- Financiero y se modifica su titulación y numeración (Colombia).
- Decreto 2555/ 2010 (julio 15 de 2010) (Colombia).
- Departamento Administrativo de la Función Pública (2021, febrero). Radicado No. 20216000060361. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=160831>.
- Franco, D. (2019). *Interpretación de los contratos civiles y estatales* (1^o. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gallo, L. (2008). El trust anglosajón en Colombia: problemáticas y aspectos generales (trabajo de grado, Universidad de los Andes). Recuperado de <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/20440/u335988.pdf?sequence=1>.
- Gómez, J. (2015). *Negocios fiduciarios en el sector inmobiliario* (monografía de grado. Pontificia Universidad Javeriana). Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/36966>.
- González, C. (2019). *Fiducia y patrimonios autónomos en Colombia. Un análisis desde la dogmática jurídica* (tesis doctoral, Universidad Libre). Recuperado de <https://repository.unilivre.edu.co/handle/10901/17720>.
- Hayzus, J. (2001). *Fideicomiso: finalidades en ámbito familiar y de negocios, funciones del fiduciario, patrimonios separados, protección de los beneficiarios, administración* (1^o. ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Hernández, M. (2013). El trust y el fideicomiso en las legislaciones latinoamericanas. *Revista Foro Derecho Mercantil* 38. (pp. 13-47). ISSN: 1794-0427.
- Laudo Arbitral. Drug Pharmaceutical S.A. – Drug S.A. vs. Alianza Fiduciaria S.A. No. radicado 1376. Bogotá, D.C. (2006). <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/21697>.
- Ley 84/1873 (mayo 26 de 1873). Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia.
- Ley 45/1923 (julio 19 de 1923). Sobre establecimientos bancarios (Colombia).
- Ley 45/ 1990 (diciembre 18 de 1990) (Colombia).
- Ley 35/1993 (enero 5 de 1993) (Colombia).
- Ley 80/1993 (octubre 28 de 1993) (Colombia).
- Ley 1150/2007 (julio 16 de 2007) (Colombia).
- Ley 1563/2012 (julio 12 de 2012). *Diario Oficial* No. 48.489 (Colombia).
- Ossa, L. (2015). *Obligaciones de resultado a las fiduciarias en el proyecto de circular básica jurídica en la administración de la fiducia inmobiliaria* (trabajo de grado, Universidad Pontificia Bolivariana). Recuperado de <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/3470>.
- Rendón, A. (2021). *Viabilidad de la fiducia mercantil ante la apertura de procesos concursales cuyo titular sea el constituyente* (trabajo de grado, Universidad EAFIT, Escuela de Derecho, Medellín). Recuperado de <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/30043>.
- Rengifo, E. (2012). *La fiducia mercantil y pública en Colombia* (3^o. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, S. (2017). *Negocios fiduciarios, su significación en América Latina* (2^o. ed.). Bogotá: Legis.
- Silva, J. (2019). *Contratación estatal, del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia. Una visión multidisciplinaria* (1^o. ed.). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Superintendencia Financiera de Colombia (2008). *Boletín Ministerio de Hacienda*, capítulo Superintendencia Financiera de Colombia. Circular 046 de 2008.

