
Notas sobre jurisprudencia de la C.S.J. en materia de fiducia mercantil¹

1. Anotaciones preliminares

- 1.1. La Jurisprudencia de la Corte aparece con cierta tardanza frente a un contrato consagrado en el Código de Comercio de 1971. La 1ª. es del año 2004. En el interregno se produce abundante doctrina interna, comenzando por la de la S.F.C. a través de la Circular Básica Jurídica que enriquece mucho con su reglamentación el entendimiento de la figura, el trabajo de gremios como la Asociación de Fiduciarias y el de quienes hemos escrito sobre la materia, así como numerosísimos fallos arbitrales derivados de la frecuente inclusión a finales de los 70s de cláusulas compromisorias en los contratos celebrados.
- 1.2 Llama la atención que, antes de la aparición del Código y en referencia a la legislación bancaria de los años 18 y 23 se hayan producido dos sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia sobre el fideicomiso previsto para las secciones fiduciarias que se autorizaba crear a los bancos, reiterando los orígenes anglosajones de nuestras instituciones. (junio 24 de 1953, M.P. Gerardo Arias y marzo 26 de 1957, M.P. ...)
- 1.3 La primera importante sentencia sobre el tema se produce en la Sala laboral y no en la Civil.

2. Sentencias analizadas

2.1 Sentencia CSJ del 10 de mayo de 2004 M.P. Eduardo López Villegas (Anexo 1)

Recurso de casación interpuesto por Gloria Stella Ibáñez Rodríguez contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio promovido por la recurrente contra las sociedades Vías Canales y Puertos Ltda. y Fiduciaria Tequendama S.A.

La demanda se presentó con la finalidad de que se declarara que entre ella y la sociedad Vías, Canales y Puertos Limitada existió un contrato de trabajo a término fijo que fue terminado de manera ilegal e injusta, que de su trabajo fue beneficiaria la Fiduciaria Tequendama por lo que estaba obligada a pagar las acreencias laborales. La demanda se fundamentó en que entre las sociedades Fiduciaria Tequendama y Vías Canales y Puertos Ltda. existió un contrato de construcción por el sistema de administración delegada, pues la Fiduciaria constituyó el Fideicomiso para la construcción del Edificio El Gran Mochuelo, es decir que Vías, Canales y Puertos actuó como simple delegada de la Fiduciaria. En primera instancia se resolvió condenar a las demandadas, es decir a Vías, Canales

¹ Este es el documento de soporte preparado por el académico Sergio Rodríguez Azuero para la presentación hecha en la sesión de la Academia llevada a cabo el martes 6 de Noviembre de 2018 que deja en manos del Presidente por amable petición suya. Pero que debe leerse con la benevolencia de saber que fue complementado de viva voz con numerosas consideraciones que no aparecen en él.

y Puertos Ltda. y a la Fiduciaria Tequendama, sin embargo, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a la sociedad Vías, Canales y Puertos por indemnización moratoria, y a su vez, absolvió a la Fiduciaria Tequendama de todas las pretensiones en su contra.

Respecto de la demanda de casación, la Corte recuerda que el Tribunal absolvió a la Fiduciaria dado que no encontró que fuera solidaria frente a las obligaciones laborales reclamadas, partiendo de que su objeto social no se encaminaba a las mismas actividades de la sociedad Vías, Canales y Puertos sino también porque el beneficiario de la obra fue el fideicomitente que era la sociedad El Gran Mochuelo. Así las cosas, la Corte establece que es evidente que la sociedad Vías, Canales y Puertos actuó simplemente como delegada o mandataria del Patrimonio Autónomo Edificio El Gran Mochuelo, representado legalmente por la Fiduciaria Tequendama, por lo cual se evidencia que el Tribunal incurrió en un error manifiesto de apreciación respecto del contenido del convenio celebrado, pues de haberlo valorada adecuadamente habría concluido que Vías, Canales y Puertos actuó no como contratista independiente sino como delegada del Patrimonio Autónomo. En ese orden de ideas, el cargo se encuentra fundado, pero no hay lugar a la casación por ese motivo, de acuerdo con lo que se solicita, pues la Corte no podría imponer la solidaridad respecto de la demandada Fiduciaria, por motivos diferentes a los dados por el Tribunal. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Fiduciaria fue llamada al proceso en su propia condición, pero en su lugar la demanda debió ser dirigida en contra del Patrimonio Autónomo constituido a través del contrato de fiducia mercantil. Así las cosas, la Corte recuerda que el Patrimonio Autónomo es responsable directo de las obligaciones que se contrajeran en desarrollo de la realización del objeto de la fiducia mercantil, y en especial en materia laboral, por cuanto él prescindió de contratistas independientes.

Comentario: Legitimación pasiva. *La demanda de responsabilidad debe dirigirse contra el Patrimonio Autónomo, cuyo titular o vocero es la sociedad Fiduciaria. No contra esta última, salvo que por dolo o culpa comprometa su responsabilidad.*

Salvamento de voto de la doctora Isaura Vargas Díaz, de la Sentencia de la CSJ del 10 de mayo de 2004

La doctora Isaura Vargas Díaz discrepa totalmente de la conclusión adoptada por la Corte respecto de que la sociedad Vías, Canales y Puertos actuó como simple delegada o mandataria del Patrimonio Autónomo, dado que estima que el actuar de la sociedad Vías, Canales y Puertos fue en calidad de "contratista independiente", tal y como del mismo contrato denominado "administración delegada" es dable y suficiente deducirlo. Por lo anterior, la sociedad en mención se obligó en un todo a construir el proyecto urbanización El Gran Mochuelo y dirigir su ejecución, responder frente a terceros y contratar por su cuenta y riesgo materiales de construcción, herramientas y mano de obra. Además, en el contrato se estableció que, si el contratista no pagaba los salarios de los trabajadores, el contratante pagaría por él y tales valores los podría descontar de lo adeudado. Por lo anterior, concluye que Vías, Canales y Puertos frente a la demandante no actuaba como "simple intermediario", sino cosa distinta, asumiendo todos los riesgos de la obra, con sus propios medios y con libertad y autonomía, es decir como un verdadero contratista independiente, y por ello responsable de las obligaciones laborales que asumió, por lo que la conclusión del Tribunal sobre la calidad de contratista independiente de la demandada no puede estimarse como errónea. Finalmente, la magistrada establece que aun cuando comparte el criterio expuesto de que la Fiduciaria no tenía que responder por las obligaciones laborales demandadas, por no ser empleadora de la demandante y ser la administradora del Patrimonio Autónomo no comparte la conclusión de que Vías, Canales y Puertos actuó como simple intermediaria de esas relación, pues ante la demandante quedó como contratista independiente que debió responder por sus acreencias laborales, entre ellas, la sanción por mora.

2.2 Sentencia CSJ del 3 de agosto de 2005. M.P. Silvio Fernando Trejos (Anexo 2)

En esta sentencia, la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 29 de marzo de 2001, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en proceso ordinario seguido por la sociedad Hisslap Limitada contra la Fiduciaria BNC S.A. (antes Fiduciaria Caldas S.A.).

La parte demandante pretende que se declare judicialmente que el contrato de interventoría técnica y administrativa, celebrado entre las partes el 15 de octubre de 1991, se renovó tácitamente por el periodo de tiempo comprendido entre el 15 de diciembre de 1993 y el 14 de mayo de 1994, por lo cual se pretende que se condene a la sociedad demandada a pagar los honorarios correspondientes y a reembolsar los gastos sufragados en ese tiempo.

Lo anterior se sustenta en el hecho de que en el contrato de interventoría se pactó, inicialmente, un plazo extintivo del 15 de abril de 1993, no obstante, a través de convenio escrito, el contrato se prorrogó entre el 15 de abril de 1993 al 15 de diciembre de 1993, y el mismo se entendió renovado tácitamente debido a las exigencias del proyecto, pues el demandante tuvo que comparecer a las reuniones de la junta administradora del fideicomiso, elaborar informes periódicos y mantener en la obra un ingeniero residente, sin embargo, para el año 1994 la remuneración mensual no fue pagada.

Respecto de lo anterior, la demandada se opuso a las pretensiones indicando que la responsabilidad derivada del contrato celebrado no corría a su cargo sino a cargo del patrimonio autónomo, indicando también que los contratos excluyeron la posibilidad de prorrogar tácitamente el mismo.

En primera instancia, se impusieron las condenas solicitadas en la demanda, y el Tribunal en segunda instancia revocó la decisión, absolviendo a la parte demandada.

Al respecto, señala la sentencia: “Para que [...] no entre el fiduciario a responder por el acto propio, es menester que la condición de tal la haga conocer de los terceros con quienes entra en relación para cumplir la finalidad propuesta con la fiducia, desde luego que si no obra de ese modo puede llegar a comprometer su patrimonio personal; es a él, entonces, a quien en la realización de los actos que le competen como fiduciario le corresponde revelar la condición en que actúa, precisamente para traducir en concreto el deber legal de mantener separado el patrimonio propio de los demás que autónomamente quedan a su disposición y de estos entre sí, como dispone el artículo 1233 del Código de Comercio”.

Comentario. Acto propio. Obligación de revelación de la condición en que actúa. *Al contratar con terceros el fiduciario debe revelar la calidad en que actúa, esto es, su condición de vocero de un patrimonio autónomo, con el fin de evitar que comprometa su propio patrimonio respecto a las actuaciones adelantadas.*

2.3 Sentencia CSJ del 14 de diciembre de 2005. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez (Anexo 3)

En el caso analizado, el Tribunal encontró que un acreedor anterior está legitimado para pedir el aniquilamiento de un negocio de fiducia mercantil, sin necesidad de averiguar por la buena o mala fe de la parte demandada.

El demandante alega la “indebida interpretación y aplicación de los artículos 1238 y 1240 (núm. 8º) del Código de Comercio, debido a que:

1. No se debe subordinar el negocio fiduciario a la existencia de acreedores anteriores de manera simplista, ya que la acción del artículo 1238 requiere de otros elementos.

2. El demandante debe demostrar que tiene un interés o “propósito útil” al ejercer la acción, es decir, que el éxito de la acción no esté sujeto solo a la comprobación de la preexistencia de las acreencias, sino que también que la garantía del pago del crédito (patrimonio del deudor) se ve afectada por la celebración del contrato.

Al respecto establece la sentencia: “Es más, apenas si da poner de presente que esos requisitos adicionales, cuya prueba reclama, figuran intrínsecos en las normas, algo que, de cualquier manera, no encarna una demostración que convenga al recurso extraordinario; en efecto, expuesta una tesis con unos alcances como los advertidos, encarando al tribunal en cuanto dijo que al éxito de esta acción basta demostrar que se trata de un acreedor anterior a la fiducia, sin que, de otra parte, quepa exigir prueba del fraude o del perjuicio, pues son cosas que la codificación mercantil no menciona y no es posible traerlas del Código Civil, en particular, cuando regula el fraude pauliano, lo menos que se esperaba del impugnador es que, al insistir en que, de todos modos, en las normas están intrínsecos esos otros elementos, explicara la *ratio* de sus planteos. “En buenas cuentas, las razones por las cuáles debe entenderse, en una hermenéutica que corresponda al sentido y los alcances de una acción como la analizada, una acción que, como se sabe, ha generado las más arduas polémicas en los diversos sectores de la doctrina, que inmersas en las comentadas disposiciones están las tales exigencias; lo cierto es, como se viene diciendo, que nada, salvo lo dicho, trae el casacionista a efectos de demostrar la acusación, con lo que la dejó a mitad de camino”.

Comentario. *La no casación de la sentencia se liga con la inadecuada sustentación del segundo argumento del recurrente. Ello sugeriría que, de haber soportado mejor su cargo, él hubiese prosperado. De hecho, esta sentencia es antecedente de la posición que ha venido a tomar la Corte sobre la interpretación que ha de dársele al artículo 1238 del C. Co.*

2.4 Sentencia CSJ del 14 de febrero de 2006 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo (Anexo 4)

a) El pacto comisorio

Trata el tema de la fiducia mercantil para fines de garantía y el pacto comisorio (cabe resaltar que la prohibición del pacto comisorio fue derogada posteriormente por la Ley de Garantías Mobiliarias, 1673 de 2013). El magistrado Jaramillo define la figura de la fiducia de la siguiente manera y señala una serie de características que hacen de esta una figura única: “En primer lugar, implica la transferencia de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciante al fiduciario, quien, por tanto, adquiere la titularidad del derecho de propiedad, aunque nunca de manera plena, ni definitiva, stricto sensu (art. 1244 C. de Co.), sino en la medida necesaria para atender los fines establecidos primigeniamente por el fideicomitente (propiedad instrumental). En rigor, el fiduciario entonces no recibe –ni se le transfiere– un derecho real integral o a plenitud, a fuer de concluyente y con vocación de perpetuidad, no solo porque en ningún caso puede consolidar dominio sobre los bienes objeto de la fiducia, ni ellos forman parte de su patrimonio (arts. 1227 y 1233 ib.), sino porque esa transferencia, de uno u otro modo, está condicionada por el fiduciante, quien no solo determina el radio de acción del fiduciario, sino que es la persona –o sus herederos– a la que pasara nuevamente el dominio, una vez termine el contrato, salvo que el mismo fideicomitente hubiere señalado otra cosa (art. 1242 ib.)”.

En la sentencia se identifican cinco razones por la cual la fiducia en garantía no contiene una especie de pacto comisorio: **1.** En primer lugar se establece que el pacto de comiso es una figura de ciertos contratos. No se puede aplicar por analogía la prohibición de pacto comisorio a negocios jurídicos diferentes a las garantías típicamente reales y a contratos en donde se previó dicha prohibición. **2.** En segundo lugar, en el caso de la fiducia mercantil de garantía es un tercero el encargado de enajenar los bienes para que con su producto se haga el pago. No se puede afirmar entonces que el acreedor beneficiario puede disponer de los bienes objeto de

garantía; este solo le exige al fiduciario que venda los bienes o que haga dación en pago de los mismos. **3.** Al momento de que el fiduciario vende los bienes o procede a entregarlos a los acreedores en dación en pago, actúa de acuerdo y con estricta sujeción a las instrucciones que hace el fideicomitente. La voluntad del deudor desde un principio y libremente manifestada, es que deba hacerse efectiva la garantía en el evento del incumplimiento, el deudor autoriza a un tercero, no al acreedor, para que enajene los bienes fideicomitados o al acreedor mismo. **4.** La sentencia distingue entre actos voluntarios y o forzados encaminado al pago de una obligación, y determina que en el caso de la fiducia en garantía, los actos que realiza el fiduciario con la finalidad de pagar las obligaciones garantizadas a los beneficiarios son actos voluntarios debido a que es el deudor fideicomitente quien los previo al momento de constituir el negocio. La voluntad del deudor al momento de constituir el fideicomiso es que el fiduciario venda los bienes para pagar la obligación en caso de incumplimiento. **5.** Por último, la sentencia establece que la fiducia mercantil de garantía como negocio que facilita el pago extrajudicial de una obligación no afecta el debido proceso. El fiduciario se encuentra sujeto a la voluntad del fiduciante, y debe de actuar de acuerdo a sus instrucciones. Si llegara a transgredirlas, el fiduciante podrá accionar en su contra.

- b) Noción: Más adelante, se da una clara definición a la figura de fiducia mercantil con fines de garantía

“En el caso de la fiducia mercantil de garantía, que es a la que se refiere puntualmente la acusación o censura, el fideicomitente transfiere al fiduciario uno o más bienes, muebles o inmuebles, para que, según se anticipó en líneas anteriores, respalden una o varias obligaciones, de forma tal que, en caso de incumplimiento, el fiduciario proceda a la enajenación de los mismos y a pagar correlativamente a los respectivos acreedores, en tanto beneficiarios de la fiducia. “Como llamadamente se desprende de este concepto, en esa clase de fiducia mercantil los bienes conforman un patrimonio autónomo que se constituye con el único propósito de garantizar el cumplimiento de un deber de prestación (art. 1233, C. de Co.), por lo que salen del haber del fiduciante –las más de las veces el deudor–, para pasar al dominio –solo formal o especial– del fiduciario, quien a la manera de un tercero frente a la obligación garantizada y en el evento de incumplimiento de la misma, deberá enajenar los bienes fideicomitados con estricta sujeción a las instrucciones liminarmente otorgadas por el constituyente, en orden a pagar a los acreedores beneficiarios el monto de sus acreencias, bien sea con el producto de la venta, o mediante la dación en pago, si ella fue prevista en el acto constitutivo y es aceptada por aquellos”.

- c) Característica esencial de la figura

El magistrado señala que el deudor fideicomitente que decide celebrar una fiducia mercantil con dicha finalidad, lo que está es previendo un mecanismo que permita cumplir con una obligación en caso de que no pueda ser satisfecha de manera oportuna. Es claramente como lo establece el Código Civil, “una obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena.” El magistrado también destaca que no es el acreedor quien realiza la garantía, sino un tercero que es el fiduciario de acuerdo con las instrucciones entregadas por el fideicomitente deudor. Este aspecto es particularmente importante cuando se analiza si la figura de la fiducia en garantía violaba o no la prohibición que existía en Colombia sobre el pacto comisorio. Y al mismo tiempo deja en evidencia que no se vulnera el derecho de defensa del deudor.

Comentario. *La fiducia en garantía es un mecanismo legítimo de caucionar una obligación principal y su constitución no supone una forma velada de ejecutar un pacto comisorio –proscrito en ese entonces por la ley– ni desconoce el derecho de defensa del deudor.*

Salvamento de voto del doctor Manuel Isidro Ardila Velásquez, respecto de la sentencia del 14 de febrero de 2006

El doctor Manuel Isidro Ardila indica que, por razones de peso, que pasarán a explicarse, disiente en el presente caso, pues la demanda de casación nunca ameritó una respuesta de fondo, pues la labor del casacionista es expresarse con la debida precisión y puntualidad, lo cual no se cumplió en la presente demanda.

De ahí que el doctor Manuel Isidro señala que, siendo el litigio alusivo en su totalidad a la fiducia, se enuncia en el escrito una sola norma, como lo fue el artículo 1244 del Código de Comercio, no obstante, este artículo tan solo fue enunciado, sin tener un desarrollo explicativo de cómo pudo haberse violado su hermenéutica.

Por lo mismo, se establece que el texto de la sentencia no guarda correspondencia con el discurso final del casacionista, puesto que la norma aludida prohíbe todo pacto que enderezado esté a que la propiedad se torne definitiva en cabeza del fiduciario, mientras que la discusión que entraña el cargo es que a criterio del impugnador no debiera permitirse que el fiduciario enajene las cosas fideicomitidas, lo que sería abreviar de manera ilegal un proceso ejecutivo, por lo que la falta de semejanza entre una cosa y la otra es evidente. Es decir que el casacionista no está encuadrando su discurso en aquella norma.

Así mismo, lo que resulta lesivo al cargo es la carencia de argumentación respecto de la tesis que se propone, pues el recurrente juzga que en la fiducia debe pasar lo que en la prenda, es decir que no sea permitido que el acreedor haga efectiva la garantía derechamente, sino mediante venta judicial y por el procedimiento correspondiente, por lo que el fiduciario no puede enajenar sino de ese modo, sin embargo, no se indica en momento alguno qué se debe hacer con los textos legales que consagran para la fiducia la posibilidad de que el fiduciario enajene los bienes fideicomitidos, para alcanzar el objetivo pretendido, según los artículos 1226 y 1234 del Código de Comercio, pues en ningún momento se hace referencia a estas normas. Lo anterior da lugar a que se configure una falta de argumentación del casacionista, y cuando esto se presenta, la Corte no puede entregarse a tareas solamente académicas, pues el recurso no se instituye con fines teóricos, de ahí que existen escenarios y ocasiones para las tareas puramente pedagógicas.

Salvamento de voto del doctor César Julio Valencia Copete, respecto de la sentencia del 14 de febrero de 2006

El doctor César Julio salva su voto, teniendo de presente que la demanda de casación debe reunir los requisitos que se establecen en el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los cuales se establece que los cargos deben ser formulados de manera clara y precisa, teniendo como referente la exposición de motivos en que se apoyan. De conformidad con lo anterior, es claro que la Corte no puede entrar a actuar de manera oficios, para suplir las deficiencias que tenga la demanda de casación, pues no debe incurrir en una extralimitación de sus funciones.

Así las cosas, respecto de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la tarea del impugnador es acreditar la infracción de una norma de derecho sustancial que haya constituido o deba constituir base esencial del fallo, por lo que se deberá explicar de qué manera se vulneró, así como también la incidencia decisoria del yerro, por lo cual es evidente que el acusador no puede acudir a la norma sustancial, sin exponer de manera alguna los argumentos que demuestren que el yerro dio lugar a la infracción del derecho material.

En el caso en concreto se observa que el recurrente incurre en el desconocimiento de las normas antes señaladas, pues omite demostrar en qué consistió el error que le atribuye al Tribunal, y deja

de explicar cómo se produjo la violación del precepto legal que se aduce, por lo que no sustenta de manera clara y precisa los yerros invocados y la manera en que estos repercutieron en la infracción del precepto del derecho sustancial, por lo cual se debieron haber destacado las deficiencias técnicas expuestas, antes de despachar de fondo el cargo.

2.5. Sentencia CSJ del 15 de julio de 2008 M.P. Jaime Arrubla Paucar (Anexo 5)

En dicha sentencia la parte demandante, acreedora de la parte demandada, alegó que la constitución de una fiducia en garantía iba en perjuicio de sus intereses y derechos, por lo que debería proceder la acción del artículo 1238.

Al respecto se pronunció la Corte: “La constitución de la fiducia en garantía ningún perjuicio le reporta a la sociedad demandante, en la calidad que aduce porque la transferencia del derecho de dominio, con la hipoteca, al patrimonio autónomo, no mengua la garantía real ante una eventual realización de los bienes para cumplir el fin que se propuso el fideicomitente. Si el fiduciario, en efecto, no atiende preferentemente esas obligaciones, el gravamen sigue vigente y el nuevo adquirente puede verse compelido a que sea perseguido por el acreedor hipotecario.

La existencia del fideicomiso, por lo tanto, no es óbice, al menos en el caso concreto, para que los bienes comprometidos puedan ser cautelados con fundamento en la hipoteca, inclusive en la hipótesis de que el acreedor hipotecario sea también beneficiario del fideicomiso, porque el gravamen, por lo dicho, pervive, inclusive, frente al patrimonio autónomo. Desde luego que mientras subsista el negocio fiduciario, la demanda con garantía real debe dirigirse contra el ‘actual propietario’ de los bienes fideicometidos, a su vez gravados con hipoteca, en el *sub judice*, contra el patrimonio autónomo, por intermedio de su vocero, quien es el que lleva su personería (art. 1234-4, C. de Co.)”.

Comentario. *Bienes hipotecados pueden ser transferidos en fiducia de garantía pues el P.A. responderá con el residuo luego de satisfacerse al acreedor real.*

2.6. Sentencia CSJ del 1 de julio de 2009 M.P. William Namén Vargas (Anexo 6)

En el debate suscitado en torno al pacto arbitral en el contrato de fiducia, la sentencia aporta interesantes precisiones:

a) La naturaleza del beneficiario

En la mencionada sentencia, el magistrado William Namén Vargas, estudia la naturaleza del beneficiario en el contrato de fiducia mercantil. Allí reitera, compartiendo la posición que hemos sostenido sobre el particular, que el mismo no es parte, y no se necesita de su existencia para el nacimiento, validez o eficacia del contrato de fiducia mercantil². En esta medida, teniendo su calidad de tercero frente al contrato de fiducia mercantil, en caso de controversia, no es viable para el beneficiario invocar la cláusula compromisoria incluida en el mismo³.

² En efecto la sentencia reconoce que si bien virtud de las estipulaciones para otros, el tercero beneficiario se hace acreedor de ciertos derechos, esos derechos son únicamente los de la prestación prometida acordada *ex ante* por los contratantes: “[...] aceptado el beneficio estipulado a su favor en la finalidad fiduciaria determinada por el constituyente, fiduciante o fideicomitente y acordada con el fiduciario, el tercero beneficiario no se convierte en parte del contrato ni asume los derechos y obligaciones de las partes, sino la inherente al derecho específico comprendido en la prestación prometida, para cuya defensa y preservación el legislador, sin embargo, extiende su legitimación concediéndole interés para ejercer determinados derechos reservados a quienes son partes contractuales, en procura de la finalidad fiduciaria instituida en su favor”.

³ “En suma, el pacto arbitral plasmado en el contrato de fiducia mercantil celebrado por las demandadas las vincula a estas y, la simple estipulación del beneficio a favor del tercero, no extiende *per se*, sus efectos al tercero beneficiario de la prestación

b) Con respecto a la responsabilidad del fiduciario

En adición a lo anterior, la sentencia se refiere a la responsabilidad del fiduciario cuando realiza actos en detrimento de la finalidad fiduciaria o de los intereses del constituyente y de terceros, por la inobservancia de sus deberes profesionales, o por extralimitación de funciones, entre otros.

Al respecto sostuvo: “Naturalmente, la responsabilidad del fiduciario en el manejo del patrimonio autónomo está indisociablemente vinculada a su carácter de profesional especializado y a la confianza rectora de estos actos, conforme a la regulación normativa de su profesión y de este negocio jurídico. Por ello, la inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados”.

Comentario. Naturaleza del beneficiario. No es parte en el contrato. No puede prevalerse entonces, por el simple hecho de serlo, de la cláusula compromisoria pactada en el contrato entre el fideicomitente y el fiduciario. **Responsabilidad del fiduciario.** Puede comprometerse cuando se causen daños a las partes o a tercero, por haber obrado con culpa o dolo en el ejercicio de sus funciones.

2.7. Sentencia CSJ del 25 de enero de 2010 M.P. Pedro Octavio Munévar Cadena (Anexo 7)

La sentencia establece que la acción consagrada en el inciso 1 del artículo 1238 del Código de Comercio es diferente a la pauliana. La sentencia la define como una acción eminentemente objetiva donde no hay que probar el consilium fraudis pero si el eventos damni. Esta acción según la Corte puede ser ejercida por los acreedores. “Y el espíritu de la acción auxiliar prevista en el artículo 1238, inciso 1, no es, exclusivamente, la recomposición del patrimonio del deudor a partir de la presencia del consilium fraudis y el eventus damni, sino, en esencia, establecer un mecanismo que materialice la garantía de que los bienes del deudor son, efectivamente, la prenda general de los acreedores y que aquel no puede valerse del pacto fiduciario en detrimento de estos; y, en esa dirección, considera la Sala que la norma memorada contempla una acción encaminada a recomponer el patrimonio del deudor, pero desprovista del fraude, que se estructura por la sola circunstancia de causarse un detrimento al acreedor o presentarse el acto reprochado con la jerarquía suficiente para generarlo (eventus damni), connotando, de manera nítida, una acción eminentemente objetiva. En ese contexto debe entenderse el contenido de la regla jurídica comentada.

De suyo, emerge, entonces, que al acreedor le corresponde, inomisiblemente, asumir el compromiso de demostrar que del convenio llevado a efecto por el deudor le deriva un perjuicio; allí, sin duda, anida la validez de su proceder, esto es, en la acreditación de un interés jurídico, serio y actual para legitimar la persecución de los bienes involucrados en el patrimonio autónomo. Es evidente que extinguir un negocio jurídico por el solo hecho de aniquilarlo, comportaría una odiosa e injustificable

estipulada a su favor, tanto cuanto más por la naturaleza autónoma e independiente de la cláusula compromisoria respecto del contrato, su génesis y naturaleza negocial constitutiva de un acto dispositivo de parte, siendo imprescindible su aceptación o adhesión concreta y explícita, la cual, una vez producida no es susceptible de desconocimiento por las partes del negocio fiduciario en cuanto concierne a su derecho y relación jurídica singular”.

prerrogativa, así como una afrenta a la seguridad jurídica, a los derechos de las partes, de los terceros y, en fin, de la dinámica social y comercial”.

Ahora bien, según la Corte el inciso 2 del artículo establece una acción pauliana diferente a la del inciso 1. A diferencia de la acción contenida en el inciso 1, esta acción es concedida a terceros, concepto que evidentemente es más amplio que el de acreedores. Además, la finalidad de ambas acciones es distinta; mientras que la primera acción está dirigida a perseguir los bienes del deudor, la segunda busca impugnar el negocio fiduciario por fraude.

“Ahora, relativamente a las acciones auxiliares memoradas, la pauliana concretamente, la Sala encuentra que de su establecimiento en el inciso 2 del artículo 1238 del Código de Comercio, no hay ninguna duda, pues en los siguientes términos está consagrada: ‘El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados’ (hace notar la Corte).

Y no hay lugar a discusión alguna, se dice, habida cuenta que la revocación de los actos celebrados por el deudor, fundamentada en la existencia de un concilio fraudulento, hace parte, precisamente, de la estructura de dicha acción y, desde luego, el tratamiento que amerita, dada su naturaleza y características, es el que de ordinario le ha dispensado la Corporación, exigiendo, para su prosperidad, la concurrencia de dos pilares imprescindibles: el *consilium fraudis* y el *eventus damni*; la ausencia de cualquiera de ellos trunca la reclamación revocatoria”.

Comentario. Artículo 1238. *La acción consagrada en su inciso primero es diferente a la pauliana. No requiere probar el “consilium fraudis”. Solo el “eventus damni”. Es una acción objetiva a favor de los acreedores anteriores. Busca reconstituir el patrimonio del deudor para garantizar el principio de que sus bienes constituyen la prenda general de los acreedores. Obliga al acreedor demandante a acreditar que se le causa un daño y que, por consiguiente, tiene un interés serio y actual para impugnar el negocio. La acción consagrada en el inciso segundo si es una típica acción pauliana a favor de terceros afectados.*

Aclaración de Voto del doctor Jaime Arrubla Paucar, respecto de la sentencia de la CSJ del 25 de enero de 2010

El doctor Jaime Arrubla comienza por establecer que en el caso objeto de revisión se discute por el recurrente que el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 1238 y 1240 numeral 8 del Código de Comercio, al condicionar su aplicación al cumplimiento de algunos requisitos. Por lo mismo, se establece que en la sentencia niega la prosperidad del cargo por razones de técnica, sin embargo, la sentencia también precisa los alcances de las normas objeto de censura, respecto de lo cual se presenta la discrepancia. Así las cosas, el doctor Arrubla hace mención de las diferentes interpretaciones que han surgido respecto del alcance del artículo 1238, por lo tanto, establece que se adhiere a la teoría que menciona que “los bienes fideicomitidos continúan en la prenda general de los acreedores del fiduciante. Otros opinan que perfectamente un acreedor anterior a la constitución del fideicomiso mercantil goza de derecho de persecución sobre los bienes fideicomitidos, para lo cual puede impetrar medidas cautelares originadas en procesos ejecutivos que adelanten dichos acreedores anteriores al acto constitutivo. En algunas ocasiones esta ha sido la opinión de la Superbancaria.” De conformidad con lo anterior, sustenta su postura en el hecho de que, en atención a lo consagrado por el artículo 27 del Código Civil, cuando el texto de la ley es claro no se puede desatender su tenor literal, por lo que afirma que la ley es clara al decir que los acreedores del fiduciante anteriores a la constitución del fideicomiso, pueden perseguir los bienes objeto del mismo. No obstante, aclara que las demás teorías, entre esas la adoptada por la Corte, implican lo que debió haber hecho el legislador, pero no hizo, dado que la norma señalada es una barbaridad jurídica, ya que el artículo 1238 del Código de Comercio señala la independencia y seguridad que ofrece el patrimonio autónomo, pero se contraría al decir que los acreedores anteriores a la configuración del Patrimonio autónomo po-

drán perseguir los bienes del deudor fiduciante, por lo cual deja sin fuerza la concepción de patrimonio autónomo.

Comentario. *La divergencia de opiniones podría vincularse con la utilización de distintos principios de hermenéutica. El doctor Arrubla aplica, con razón, la más clara consecuencia derivada de la interpretación literal y que consagra el artículo 27 del C.C. El ponente doctor Munévar, por su parte, acude a la interpretación sistemática que consagra el artículo 30 y que ordena interpretar los cuerpos normativos de manera armónica, en nuestra opinión con razón.*

2.8. Sentencia de la CSJ del 26 de agosto de 2014 M.P. Margarita Cabello (Anexo 8)

La Corte comienza por recordar que la jurisprudencia ha sido reiterativa en decir que la construcción es una actividad peligrosa, por lo que se ha dicho que la responsabilidad por los daños causados a raíz de la misma es del constructor, titular de la autorización legal para realizar obras, del dueño de éstas y del titular de dominio del predio. De conformidad con lo anterior, la Corte pasa a resolver un interrogante relativo a qué pasa cuando se está frente a la existencia de una fiducia, si el compromiso resarcitorio se encuentra en cabeza del propietario fiduciario o solamente del propietario pleno.

A su vez, la Corte pone de presente que la propiedad fiduciaria evidencia que el profesional que asume la función adquiere la calidad de titular y propietario formal de los bienes transferidos, pero adquiere un dominio limitado, ya que no tiene la libertad de disponer a su arbitrio de los mismos, y su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento del encargo. Por lo cual, es claro que, en la dinámica de la actividad fiduciaria, la empresa que cumple las respectivas funciones tiene un patrimonio propio que es diferente al autónomo constituido en virtud del contrato fiduciario.

Frente al caso en concreto, la Corte señala que no es posible cuestionar el hecho de que ante una acción judicial relacionada con un bien que hace parte de un patrimonio autónomo, deba verificarse la diferenciación entre la responsabilidad de la masa del fideicomiso, cuya vocera es la Fiduciaria, y la de la sociedad administradora. Por lo que debe tenerse total claridad cuando la Fiduciaria aparece como propietaria de un bien, pero atendiendo su calidad de fiduciaria. Por consiguiente, la Corte concluye *que debido a los daños generados a los bienes de la parte actora, la fiduciaria bien podía ser convocada a proceso. Sin embargo, ese llamado, indiscutidamente, debió ser, en nombre propio, si sus actuaciones como sociedad fueron las que generaron el perjuicio denunciado o, en su calidad de vocera del patrimonio autónomo constituido si el deterioro señalado por los demandantes provino de los bienes que constituyen el fideicomiso o de la gestión de la fiduciaria como gestora del objetivo señalado. Sin embargo, el actor no lo planteó en estos últimos y precisos términos. Y en cuanto a una responsabilidad directa de la empresa administradora, como lo refirió el juzgador en la sentencia opugnada, no existe prueba alguna que permita emitir tal juicio.*

Al no haberse demandado a la persona sobre la cual recaía la responsabilidad indemnizatoria reclamada, se presentó una falta de legitimación en la causa por pasiva.”

Comentario. Falta de legitimación en la causa por pasiva. *No se es responsable por los daños originados en una construcción por la sola circunstancia de figurar como propietario inscrito del inmueble. En el caso de autos la Fiduciaria lo era, pero la construcción se realizó por un tercero en desarrollo de los acuerdos celebrados con el P.A. cuyo vocero era la Fiduciaria. Por lo tanto, era a este título que ha debido demandársela y no a nombre propio.*

2.9. Sentencia CSJ del 12 de mayo de 2016 M.P. Fernando Giraldo (Anexo 9)

Tratando la sentencia como tema principal la fiducia en garantía, recuerda la Corte que de tiempo atrás, tal entidad ha tomado partido al decir que la fiducia en garantía es un derecho personal dado que el beneficiario no goza del atributo de persecución que le es propio en los derechos reales. Por

su parte, la prenda o la hipoteca sí hacen surgir garantías reales, con los atributos propios como lo son la prelación y la persecución.

Ahora bien, la Corte menciona que ningún precepto relativo a la fiducia mercantil prohíbe o limita la constitución de un fideicomiso sobre bienes previamente hipotecados o prendados, sin desconocerse que, eventualmente, en la práctica la duplicidad o superposición de garantías puede conllevar dificultades en la etapa de ejecución. Frente a esta concurrencia, la Corte ha concluido que: *“la constitución de la fiducia de garantía, ningún perjuicio le reporta a la sociedad demandante, en la calidad que aduce, porque la transferencia del derecho de dominio, con la hipoteca, al patrimonio autónomo, no mengua la garantía real ante una eventual realización de los bienes para cumplir el fin que se propuso el fideicomitente. Si el fiduciario, en efecto, no atiende preferentemente esas obligaciones, el gravamen sigue vigente y el nuevo adquirente puede verse compelido a que sea perseguido por el acreedor hipotecario.”*

Comentario. *Reitera lo establecido en la Sentencia de la CSJ del 15 de julio de 2008. M.P Jaime Alberto Arrubla Paucar. Ver supra 2.5.*

2.10. Sentencia de la CSJ del 7 de diciembre de 2017 M.P. Margarita Cabello (Anexo 10)

La Corte hace referencia al epígrafe del artículo 1238 del Código de Comercio, aduciendo que el mismo no puede ser aplicado literalmente, pues perdería toda la valía que representa la configuración del patrimonio autónomo para el cumplimiento del encargo. Lo anterior, teniendo en cuenta que la constitución de la fiducia, siguiendo el Código de Comercio, persigue el derecho que el fiduciante pueda lícitamente destinar un bien o bienes, que ya no serán parte de su patrimonio, al cumplimiento de un encargo lícito por parte de la Sociedad Fiduciaria, a cuyo patrimonio tampoco entran esos bienes y en consecuencia, no forman parte de la prenda general de sus acreedores, por lo que deben mantenerse separados del resto de sus activos y otros fideicomisos. Así las cosas, el patrimonio autónomo es una universalidad jurídica cuya vocera en la Fiduciaria, tiene personería para defender los derechos y obligaciones asignados al mismo.

Dicho lo anterior, la Corte pasa a mencionar que la interpretación textual del precepto legal mencionado produciría iniquidad si se permitiese que el acreedor anterior de un constituyente fiduciario persiguiese, no los bienes que eventualmente puede continuar teniendo este, sino lo que fueron objeto de fiducia. No obstante, si el crédito perseguido por el tercero recae en un cuerpo cierto que después fue objeto de dación a título de fiducia, no hay duda de que el derecho de persecución en cabeza del acreedor ostenta un carácter serio, legítimo y actual, que le permite incoar la acción declarativa en procura de reconstituir el patrimonio del constituyente con el bien que enajenó, protegiéndose siempre de los terceros de buena fe exenta de culpa.

En el caso en concreto, la Corte establece que *sea que el demandante haya activado la prerrogativa que tiene como acreedor anterior a la constitución del negocio fiduciario de perseguir el bien fideicomitado, o que haya optado por obtener la declaración de su extinción para buscar que el bien retorne al patrimonio de su deudor, lo cierto es que el denominador común en ambos casos es el de la calidad de acreedor que debe ostentar. Si lo que pretende es la declaración de extinción del negocio fiduciario o en general una previa declaración, v. gr., de que tiene derecho a perseguir el bien, no hay duda de que la categoría de acreedor debe ser “cierta e indiscutida”, a semejanza de como lo ha proclamado la jurisprudencia en tratándose de la legitimación del titular de un crédito que ejercita la acción pauliana, pues a fin de cuentas es un tercero que entra a controvertir un negocio particular por un interés que si bien lo reconoce la ley, ha de tener cauces delimitados.*

De suerte que, más allá de la refrendación de los errores jurídicos y probatorios que la censura incluye en el cargo que se examina, y que en verdad se hallan demostrados, de situarse la Corte en sede

de instancia, debería esclarecer esa calidad, la de acreedor cierto e indiscutido, sin la cual la prosecución de la investigación sería inoficiosa, y por supuesto, la casación del fallo intrascendente.

Comentario. Artículo 1238. *Reitera la posición adoptada desde la sentencia del 25 de enero del 2010, M.P. Pedro Octavio Munévar respecto a la interpretación del artículo 1238. Enfatiza que, en todo caso, debe establecerse en forma inequívoca la posición de acreedor, lo que no se hizo en este caso. Ver supra 2.7*