

The logo for the Colegio de Abogados Comerciantes (CAC) features the letters 'CAC' in a large, stylized, serif font. The letters are white with a red outline and are set against a dark red background.**CONTENIDO/**

1. EDITORIAL 2. MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DIRECTIVOS DEL BOLETÍN 3. ACTIVIDADES DEL COLEGIO EN EL PRÓXIMO MES 4. RESEÑA DE JURISPRUDENCIA COMERCIAL 5. LAUDO DEL MES 6. NOTICIAS DE LAS SUPERINTENDENCIAS 7. SERVICIOS A AFILIADOS

The logo consists of three vertical red bars of varying heights, followed by the text 'COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS' in a bold, sans-serif font.

**COLEGIO DE  
ABOGADOS  
COMERCIALISTAS**

Se invita a todos los asociados a visitar  
nuestra página web [www.abogcom.org.co](http://www.abogcom.org.co)

## 1. EDITORIAL

Con la presente entrega nuestra institución reanuda la trascendental tarea de difusión de su acreditado boletín, el cual, en adelante, será puesto en manos de nuestros colegiados, sin falta, durante las últimas semanas de cada mes.

Sirva esta ocasión para dos fines. Primeramente para hacer un reconocimiento de las personas que tienen a su cargo la definición de los contenidos de nuestro boletín, quienes generosamente destinan parte de su valioso tiempo para colaborar con esta labor que redundará en beneficio de todos.

En segundo término para exaltar ante nuestros asociados la gran utilidad que puede derivar esta publicación de la colaboración que nuestros colegiados están en condiciones de brindar. Es un hecho, tanto incuestionable como notable, que entre nosotros hay distinguidos conocedores y estudiosos de distintos campos del Derecho Mercantil. Por lo demás, con seguridad que todos nuestros colegiados, permanentemente, para los fines de sus actividades profesionales, están en contacto con estudios, fallos judiciales, laudos arbitrales y en general piezas académicas de alto valor científico. Esta conjunción de circunstancias nos anima a solicitar de nuestros queridos asociados su valioso concurso en orden al enriquecimiento de los contenidos de nuestro boletín, cuyos directores nos han hecho saber de su disposición e interés en contar con esta colaboración. Para tales fines por favor contactar al Director de nuestro Boletín, Doctor CARLOS MARIQUE NIETO.

A propósito de los contenidos de la presente entrega, destacamos la importancia del pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, relativamente a la extensión y alcance de los imperativos jurídicos gravitantes sobre el fiduciario en el entorno del Contrato de Fiducia de Garantía, en particular en punto del análisis previo de los caracteres relevantes de los bienes que hayan de serle transferidos en orden a la creación del patrimonio especial, tema que ya ha sido materia de análisis en algunos laudos arbitrales. Con este fallo viene nuestro tribunal de casación en lo civil a tomar postura en un punto candente, objeto de arduas discusiones en la academia.

Edgar Ramírez Baquero  
Presidente



## **2. MIEMBROS JUNTA DIRECTIVA Y DIRECTIVOS DEL BOLETÍN JUNTA DIRECTIVA COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS**

### **2.1. JUNTA DIRECTIVA**

Edgar Ramírez Baquero	Presidente
Tulio Cárdenas	Vicepresidente
Carlos Eduardo Manrique	Vocal 1 Principal
Alejandro Páez Medina	Vocal 1 Suplente
Ulises Canosa Suárez	Vocal 2 Principal
Oscar Vela Rentería	Vocal 2 Suplente
Sara María Pérez	Vocal 3 Principal
Luz Helena Mejía	Vocal 3 Suplente
Gustavo Cuberos Gómez	Vocal 4 Principal
Ramiro Cruz Vergara	Vocal 4 Suplente:

### **2.2. MIEMBROS EXPRESIDENTES**

Guillermo Sarmiento	Principal
Carlos Jaimes Yañez	Suplente

### **2.3 COMISARIO DE CUENTAS**

Cesar Rodríguez Martínez	Principal
Jose Alberto Gaitán	Suplente



CONTENIDO/

2. MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DIRECTIVOS DEL BOLETÍN

COLEGIO DE  
ABOGADOS  
COMERCIALISTAS

Se invita a todos los asociados a visitar  
nuestra página web [www.abogcom.org.co](http://www.abogcom.org.co)

## **2. ACTIVIDADES DEL COLEGIO EN EL PRÓXIMO MES**

### **ACTIVIDADES PROGRAMADAS PARA LOS MESES DE JUNIO Y JULIO**

#### **Tertulias:**

1. Junio 12 de 2007 Tema: Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Comerciales, conferencista Dr. Juan Carlos Calvo Ospina.
2. Julio 17 de 2007 Tema: Seguridad Jurídica en el Comercio Electrónico, conferencista Dr. Eric Rincón Cárdenas.

#### 4. RESEÑA DE JURISPRUDENCIA COMERCIAL

##### Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Sentencia del 18 de mayo de 2006

Expediente 11001-31-03008-1997-07700-01

Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

##### FIDUCIA EN GARANTIA

La Corte Suprema profirió una sentencia en la cual toca el tema de la responsabilidad que tiene el fiduciario en el caso de que los bienes dados en garantía no resulten suficientes para pagar a los beneficiarios. La Corte señaló que en los negocios de fiducia en garantía, al aceptar el beneficiario los bienes dados en respaldo de la obligación contraída por su deudor, asume el riesgo de eficacia y pertinencia de la garantía. Por esta razón, la Corte se pronunció de la siguiente manera:

*“En todo caso, cumple señalar que por la función que está llamada a cumplir la fiducia en garantía, esto es, servir como caución para asegurar el cumplimiento de una obligación propia o ajena, es apenas natural que el acreedor que acepta ese respaldo y que, por tanto, se convierte en beneficiario o fideicomisario, asume, en línea de principio, el riesgo de eficacia y pertinencia de la garantía, bien porque ella resulte afectada por razones jurídicas, bien porque lo sea por causas económicas, específicamente por su insuficiencia” (subrayado nuestro)*

En apoyo de esto, la Corte explicó que al acreedor le corresponde verificar si la garantía ofrecida constituye respaldo suficiente para su derecho de crédito. En este tipo de negocio, el fiduciario, en principio no asume responsabilidad por la eficacia de la garantía. Los únicos casos en los cuales responde el fiduciario se presentan cuando: a) *“incurra en actos culposos en el cumplimiento de su gestión”*; b) *no realice diligentemente los actos necesarios para conseguir la finalidad de la fiducia*; c) *“sea obvio y se aprecie de bulto que los bienes fideicomitidos son recibidos por un valor desproporcionado o inconsulto con las condiciones de aquellos”*. En razón de esto, concluye la Corte que:

*“(…)al fiduciario no se le puede atribuir responsabilidad, por el simple hecho de que los bienes fideicomitidos no resulten suficientes para pagar a los beneficiarios, o porque su valor se marchite por circunstancias sobrevinientes que le sean ajenas; al fin y al cabo, las obligaciones del fiduciario vinculadas a la finalidad de la fiducia, son obligaciones de medio, no de resultado”*

De lo expuesto se sigue que en el clausulado de un contrato de fiducia en garantía es aconsejable pactar que el acreedor es el responsable de verificar que los bienes fideicomitidos son idóneos para garantizar el pago de la obligación. Asimismo, pactar que la fiduciaria no es responsable por el hecho de que los bienes fideicomitidos no resulten suficientes para pagar a los beneficiarios, siempre y cuando la fiduciaria no incurra en ninguna de las causales citadas anteriormente que le endilgan responsabilidad.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

**Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar**

Septiembre 13 de dos mil seis (2006)

Referencia: Expediente 88001-31-03-002-2002-00271-01

**NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONSORCIOS**

... *“Los consorcios no son personas, sino entes que las agrupan, bien sea naturales o jurídicas, para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7º de la ley 80/93”, disposición en virtud de la cual “los integrantes del consorcio responden solidariamente de todas las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato”...*

La apertura de la cuenta bancaria por el consorcio, con el objeto de satisfacer los requerimientos de la administración, *“constituye un acto de tipo contractual que involucra a la entidad bancaria y a las personas que conforman el consorcio de manera conjunta y las obligaciones que surgen a partir del contrato de cuentahabiente, comprometen la responsabilidad del banco y los integrantes del consorcio”,* concluyó que *“los dineros depositados en una cuenta bancaria abierta por un consorcio, no le pertenecen de manera exclusiva a uno de sus miembros, sino a ambos conjuntamente”,* y por ende no pueden afectarse con una medida cautelar dirigida contra uno de ellos, puesto que *“no le pertenecen a él en forma absoluta, sino a todos sus miembros conjuntamente”.*

El artículo 684 num. 4º del C. de P.C., establece que, cuando se constituye un consorcio para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, los dineros depositados en nombre de sus integrantes, como anticipo para la ejecución del pacto, están exentos de cualquier medida cautelar.

La Corte suprema de justicia se refirió al creciente desarrollo de la economía y su constante transformación, impulsada en los últimos tiempos por la tendencia generalizada a la internacionalización, la apertura de fronteras y la expansión de mercados, que en muchas veces las empresas no están preparadas para afrontar por sí, lo mismo que distintas razones de índole particular, como la necesidad de optimizar la gestión económica, generar condiciones más favorables para su desempeño, elevar los niveles de competitividad tanto a nivel local, como transnacional, entre otras, las han llevado a entrar en procesos de vinculación o interacción con otras empresas, instrumentados a través de diferentes mecanismos jurídicos que van desde los que les procuran variadas posibilidades de cooperación, sin modificar su estructura jurídica y económica, hasta los que la mutan, como ocurre *v. gr.* cuando dan lugar a la fusión o a la creación de una nueva sociedad.

Respecto del régimen legal, el derecho positivo patrio no ofrece una categoría jurídica precisa para las relaciones de colaboración entre empresas que conservan su estructura orgánica e independencia jurídica. Diversas legislaciones foráneas, por el contrario, se han encargado de reglamentar variados instrumentos o modalidades negociales mediante los cuales puede canalizarse esa ayuda, como ocurre con las agrupaciones de colaboración, consagradas por la normatividad argentina, en la legislación sobre sociedades comerciales-ley 19.500, arts. 367 a 383, reformada por la ley 22.903-; la unión transitoria de empresas, incorporada por la misma legislación, en la reforma general al régimen de sociedades; los grupos de interés económico de los que trata, en Francia, la ordenanza N. 67-821 del 23 de septiembre de 1967, y el consorcio, regulado en Italia por el art. 2602 del Código Civil, y en Brasil por la ley 6404 de 1976, sobre sociedades por acciones. La jurisprudencia norteamericana de finales del siglo XIX, por su parte, perfiló los llamados *joint ventures*.

El consorcio, que es una expresión de esas formas de colaboración, presupone entonces la acción concordada de un número plural de sujetos. En la legislación brasileña se le concibe como una fórmula contractual, mediante la cual acuerdan sus integrantes aunar esfuerzos con miras a realizar determinada actividad, principalmente la construcción de una obra o la prestación de un servicio, sin que la estructura empresarial así constituida goce de personalidad jurídica. Son entonces sus miembros quienes se obligan en las condiciones preestablecidas en el contrato, sin que se presuma solidaridad entre ellos, aunque puede ser objeto de estipulación expresa-arts. 207 y 208 ley de sociedades anónimas de 1976.

Esclarece la Corte que aunque en la práctica es el instrumento de cooperación del cual se sirven personas con actividades afines, que temporalmente y sin el ánimo de asociarse resuelven conjuntar esfuerzos para ejecutar determinado negocio, sin que se interfiera su organización jurídica o económica, en el derecho privado patrio no han sido objeto de regulación, constituyendo por ende una modalidad atípica de los denominados por la doctrina, contratos de colaboración, por el cual dos o más personas convienen en aunar esfuerzos con un determinado objetivo, consistente por lo general en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que se establezca una sociedad entre ellos, puesto que no se dan los elementos esenciales del contrato de sociedad, amén de conservar cada cual su personalidad y capacidad para ejecutar las actividades distintas del negocio común.

En otras palabras, se trata de “una unión formada para la gestión o la defensa de intereses comunes, sin llegar a constituir una sociedad” (Caballero Sierra, Gaspar. Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá. Temis. 1985. Pág. 88), particularidades que por ende le confieren una naturaleza jurídica propia, una estructura singular que impide confundirlos con figuras como las cuentas en participación o la sociedad de hecho, pese a las aproximaciones que a primera vista pudieran avizorarse entre ellas.

Como consecuencia de lo anterior, aunque el contrato de cuentas en participación es, como el consorcio, un pacto de colaboración económica, que no origina una persona jurídica distinta de los contratantes, no existen en el consorcio, como sí los hay en aquél, participantes ocultos, ni se agota su objeto con la gestión del partícipe gestor, puesto que los consorciados buscan conjugar esfuerzos con una finalidad común a la que todos deben prestar su concurso, responsabilizándose solidariamente por los compromisos que de allí surjan, mientras que en el primero el partícipe activo es el único que se obliga y contrae derechos frente a terceros, puesto que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal.

La sociedad de hecho, a su turno, lo mismo que el consorcio, no da origen a un sujeto de derechos diferente a sus miembros. Sin embargo, a diferencia de éste, y como toda sociedad, debe tener un capital constituido por los aportes de los socios, que no es imprescindible en el consorcio, y se encamina a la obtención de una utilidad repartible entre aquéllos, objetivo que en el consorcio se enfoca más al favorecimiento de sus partícipes que a una ganancia patrimonial divisible. Por lo demás, es propio de los socios de hecho pedir en cualquier tiempo la liquidación de la sociedad, mientras que en el consorcio, como contrato de duración que es, sus integrantes deben someterse al plazo fijado para su duración.

Por otro lado en el derecho público cuando se hace referencia a los consorcios, se definen sus elementos constitutivos para los fines de la contratación estatal, sin establecer su régimen jurídico. Así, el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública-ley 80 de 1993-, como lo hacían el derogado estatuto contractual de la administración pública y el decreto 222 de 1983, dispone que “*pueden celebrar contratos con las entidades estatales, las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales los consorcios y uniones temporales*”-art. 6º-, y relativamente a los primeros prevé que para los efectos de dicha normatividad, se entiende por consorcio “*cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato*”, y que “*en consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman*”-art. 7º.

CAC

CONTENIDO/


 COLEGIO DE  
ABOGADOS  
COMERCIALISTAS

 Se invita a todos los asociados a visitar  
nuestra página web [www.abogcom.org.co](http://www.abogcom.org.co)

La Corte cita el concepto del 9 de octubre de 2003 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en donde se refirió a la naturaleza jurídica, y expresó que en el caso de la conformación de un consorcio o una unión temporal, *“no hay propiamente aportes de dinero, trabajo o bienes con la finalidad de construir un capital común que sirva para desarrollar una actividad, por medio de un nuevo ente jurídico distinto de ellos, como sucede en la constitución de una sociedad, sino que cada uno conserva su individualidad jurídica y colabora con su infraestructura o parte de ella: personal, estudios, planos, diseños, sistemas, instalaciones, oficinas, tecnología, Know how, maquinaria, equipos, dinero, etc. según las reglas internas del acuerdo, para elaborar la propuesta y si se les adjudica el contrato, para ejecutarlo”*. El consorcio, añadió, lo mismo que la unión temporal, *“no es una persona jurídica sino un número plural de contratistas que se integran para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad”*.

En dicho campo, el consorcio es de igual modo un negocio de colaboración atípico, por el cual se agrupan, sin fines asociativos, los sujetos que acuerdan conformarlo, quienes voluntariamente conjuntan energías, por un determinado tiempo, con el objeto de desarrollar una operación o actividad específica, que consiste en ofertar y contratar con el Estado. Así resulta del texto del art. 7° del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que al definir lo que para los efectos de dicho régimen legal, se entiende por consorcio, determina que se presenta *“cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato”*, agrupación de sujetos que no origina un sujeto distinto, con existencia propia, y deja indeleble, en cada uno de los integrantes, su independencia y capacidad jurídica.

Respecto de la “capacidad para contratar”, el art. 6° dispone que *“pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”*, y añade que *“también podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”*, disposición que invita a pensar que a pesar de no gozar de personalidad, excepcionalmente se les inviste de capacidad para contratar y obligarse con el Estado, a la postre no va más allá de autorizar la vinculación contractual de las entidades públicas, con las personas naturales o jurídicas que acudan a tales fórmulas convencionales-consorcio o unión temporal-con el fin de contratar con la administración, mediante la presentación de una sola propuesta en la que conjuguen potencial, experiencia, recursos, etc.



Por supuesto que si la capacidad legal es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, para ser titular de unos y otros, y para hacerlos valer, en juicio o fuera de él, lo cierto es que también en materia de contratación estatal esa potestad termina atribuyéndose, siguiendo la regla general, a las personas que integran el consorcio, pues es en ellas en quienes se radican los efectos del contrato y sus consecuencias jurídicas. Así, son los consorciados y no el consorcio quienes se hacen responsables, solidariamente, “de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato”. Son ellos quienes resultan comprometidos por “las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato”, como paladinamente lo dispone el art. 7º, es decir, son ellos y no el consorcio los que asumen los compromisos que de la propuesta y el contrato resultan y los que deben encarar las consecuencias que de allí se desprendan, de ahí que se les exija indicar “si su participación es a título de consorcio o unión temporal”, y en el último caso, “los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante”, amén de señalar “las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad”-parágrafo 1-pues será dentro del marco del acuerdo consorcial y de la reglamentación del citado estatuto como deban hacerse efectivos, frente a ellos, los derechos y obligaciones originados en la oferta y el negocio concertado con la entidad del Estado.

Por lo anterior se deduce que el consorcio no constituye una persona jurídica independiente de quienes lo conforman, todos ellos deben suscribir tanto la propuesta como el contrato, si resultan favorecidos en la licitación o concurso, para obligarse directamente y marcar así su solidaridad en el compromiso que asume con los otros, con independencia, por supuesto, de que deban designar, por exigencia del mismo texto legal, “*la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal*”, pues lo que en realidad asume el designado es la dirección o coordinación del proyecto, lo mismo que la canalización de la actividad de los consorciados frente a la entidad pública contratante, en todo lo que tiene que ver con el negocio celebrado, más no la representación legal del consorcio, que como tal, carece de personería, condición sin la cual no es susceptible de ser representado. Obrará entonces, como representante convencional de sus integrantes, en los términos del art. 832 del C. de Co., aplicable por la remisión a las normas mercantiles y civiles del caso que se hace en el art. 13 de la ley 80, cuyo radio de acción estará delimitado por los términos del acto de apoderamiento, que bien puede incluir, desde luego, la facultad para suscribir, en nombre de los consorciados, el contrato con la entidad pública de que se trate.

En idéntico sentido, el Consejo de Estado en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, señaló que “*si un consorcio se ve obligado a comparecer a un proceso como demandante o demandado, cada uno de los integrantes del mismo debe comparecer en forma individual al proceso ya que carece de personería jurídica, a menos que dentro de las previsiones que se hubieren acordado al momento de constituir el consorcio se hubiere facultado a su representante para iniciar las acciones pertinentes*” (auto del 27 de septiembre de 2001, exp. 18081), acciones que desde luego podrá promover en nombre de sus representados, que no son otros que los consorciados.

La ausencia de personalidad del consorcio no se superaría, como pretende el replicante, con la designación de un representante para tal laborío, pues ese acto de apoderamiento no tendría virtualidad para dotarlo de personería y habilitar su libre intervención en el tráfico económico y jurídico, habida cuenta que no va más allá de autorizarlo, como se anotó, para obrar en nombre de cada uno de los sujetos que lo integran, como resulta además del texto de las cláusulas contractuales en las que el impugnador respalda su tesis, de acuerdo con las cuales se autoriza a la persona designada para *interponer recursos o adelantar actuaciones judiciales o extrajudiciales, sin la aprobación previa y escrita de los representantes de las firmas integrantes del consorcio. Podrá recibir, confesar, transigir, conciliar o comprometer a los miembros del consorcio*”, estipulaciones que como se dijo explicitan sin duda la atribución para obrar en nombre de los integrantes del consorcio y no de éste.

---

## 5. LAUDO DEL MES

### TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

#### Laudo Arbitral

Jorge Alberto Vélez Velásquez vs. Fiduciaria Colpatria S.A.

Febrero 28 de 2006

Bogotá, D.C., febrero 28 de 2006

En el laudo que resuelve la controversia surgida entre Jorge Alberto Vélez Velásquez vs. Fiduciaria Colpatria S.A, el Tribunal de Arbitramento, se tocan temas como el fideicomiso en garantía, la responsabilidad de las entidades fiduciarias, las obligaciones de las fiduciarias, la obligación de la fiduciaria frente al fideicomitente a exigirle el cumplimiento de una carga que se encontraba en cabeza del mismo fideicomitente, La responsabilidad de las entidades fiduciarias es de carácter profesional y las obligaciones del fiduciario, de medio.

Recuerda el tribunal que el fideicomiso en garantía es un negocio jurídico por medio del cual una persona llamada beneficiario o fideicomisario, transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil o los entrega en encargo fiduciario a una entidad fiduciaria, para garantizar con ello el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros. Quien sea acreedor garantizado de estas obligaciones puede solicitar la venta de los bienes puestos en fideicomiso a la entidad fiduciaria, para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto. Por otro lado, también se menciona que el contrato de fiducia mercantil se encuentra sujeto a una solemnidad prevista en la ley. Es así como el artículo 1228 del Código de Comercio dispone: “La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida mortis causa, deberá serlo por testamento”.

En sentido concordante, el Decreto 840 de 1993 establece: “Los contratos de fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitados sean exclusivamente muebles (...) De conformidad con el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, si la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados se halla sujeta a registro, el documento privado en que conste el contrato deberá registrarse en los términos y condiciones señalados en el precepto citado” (La disposición aludida de la Ley 35 corresponde hoy en día a los numerales 1º y 3º del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Una cosa es el contrato de fiducia como tal, frente al cual la ley exige una forma específica, y otra muy distinta los actos y documentos propios de su ejecución y desarrollo.

Por otro lado, el tribunal trae a colación el artículo 1226 del Código de Comercio que señala que si bien la existencia del fideicomisario no es condición necesaria para la constitución del fideicomiso, sí debe ser posible y debe realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener efecto

Recuerda el tribunal en su decisión, que el régimen legal del contrato de fiducia en garantía, es un negocio jurídico complejo en cuanto las prestaciones que incorpora, pues no involucran a las partes que celebran el contrato, sino que implican en buen grado a los beneficiarios, acreedores garantizados, que en esta modalidad de fiducia lo normal es que posean la condición de terceros.

En lo relativo a la economía de relaciones del contrato ha de interpretarse en función de esta realidad tripartita o compleja, distinguiendo entre las cláusulas que implican un derecho, una obligación o una carga para los distintos actores de la relación. El requisito de exigir una comunicación escrita del fideicomitente, con reconocimiento de texto y presentación ante notario, es claro, por la forma en que ha sido redactado, que no constituye un derecho a favor del fideicomitente, consistiendo más técnicamente en una carga para el mismo, toda vez que es el sujeto pasivo de la exigencia. El fideicomitente posee en resumidas cuentas; (i) el derecho de designar dentro de los límites del mismo contrato a los acreedores beneficiarios; (ii) La obligación de comunicarlo y; (iii) La carga de acudir a una formalidad específica para el efecto.

En esa medida, señala el tribunal que tampoco puede presumirse que las eventuales vicisitudes de la solicitud de un certificado de garantía se trasladen de manera automática al certificado de garantía como tal, no solo por tratarse de documentos distintos desde muchas perspectivas, como es el caso de los sujetos aludidos, sino y fundamentalmente como consecuencia del principio de buena fe que se predica a favor de los terceros beneficiarios y que tiene como correlato actos positivos tanto del fiduciario como del mismo fideicomitente, que no es posible desconocer.

Por su lado, la Superintendencia Financiera de Colombia define el contrato de fiducia en garantía, en los siguientes términos:

*“Entiéndase por fideicomiso de garantía aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de estas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitados, para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato”.*

Esta modalidad de fiducia, a diferencia de otros negocios fiduciarios, supone, por fuerza, la existencia, al margen del contrato, de obligaciones principales, usualmente de carácter crediticio, en las que el actor por excelencia es el propio fideicomitente. En él recae el vínculo obligacional básico que lleva en caso de incumplimiento a poner en funcionamiento el procedimiento para la ejecución de la garantía. El fideicomitente no pierde su capacidad de maniobra y acción en el ofrecimiento a los acreedores de fórmulas de arreglo. No se está frente al tipo de negocios fiduciarios donde el protagonismo se concentra altamente en la fiduciaria y donde el fideicomitente o beneficiario se encuentran en una situación de marcada dependencia o inferioridad que llevan a emplear con un fin tuitivo una severidad extrema en el análisis de la conducta del fiduciario. El carácter colaborativo de la relación adquiere en este caso su mayor relevancia, y está llamado a incidir en el estándar de análisis judicial. Sin renunciarse al rigor en la evaluación de la conducta del fiduciario, la misma se entra a valorar en conjunto con la conducta del fideicomitente, entendiendo que al no existir el mismo grado de asimetría que en otros negocios fiduciarios, este posee una carga mayor en la defensa y agenciamiento de sus propios intereses durante la ejecución del contrato.

El artículo 2194 del Código Civil señala: “Sabida la muerte natural del mandante, cesará el mandatario en sus funciones; pero si de suspenderlas se sigue un perjuicio a los herederos del mandante, será obligado a finalizar la gestión principiada”.



En consecuencia, aún de haberse establecido la muerte como causal de terminación del contrato, los actos que sean un directo desarrollo del contrato, efectuados en beneficio de los herederos, en este caso del fideicomitente, están llamados a tener plena validez y no constituyen incumplimiento del contrato, sino por el contrario desarrollo de un deber, y esto es así, sea que se acoja la aplicación por vía directa de la disposición en cuestión con fundamento en un análisis de la prestación en concreto en tanto manifestación de una forma de mandato, o que se asuma con rigor la consideración del contrato de fiducia como autónomo, pues existiendo total similitud de circunstancias fácticas, se impone la analogía.

Lo anterior conduce a establecer que la expedición de un certificado de garantía con posterioridad a la muerte del fideicomitente no implica en sí misma un acto negligente ni doloso, como tampoco se traduce en un incumplimiento, máxime si como en el presente caso se dirige a hacer efectiva una orden o mandato proferido en vida por el fideicomitente. De otra parte quedo probado dentro del proceso que en el momento de la expedición del certificado identificado con el número 578, no había mediado aún, por parte del convocante o de sus familiares, la notificación a la fiduciaria de la muerte del fideicomitente, y el mencionado certificado se expidió pocos días después de la ocurrencia del deceso.

Recuerda el tribunal que en lo relativo al contrato de fiducia, que este puede extinguirse por muerte del fiduciante o del beneficiario cuando se haya manifestado en un acto expreso o positivo de la voluntad de las partes. No sobra añadir que la facultad deferida por el legislador a los contratantes de consagrar la muerte como causal de terminación no es absoluta, debiéndose consultar en cada caso, la naturaleza del negocio en concreto y los derechos e intereses legítimos de terceros vinculados a la terminación y continuidad del contrato. La fiducia mercantil pertenece al tipo de contratos cuya terminación lleva aparejado un período de liquidación y puesta en orden de relaciones, cuya inercia se puede traducir en actos posteriores a la ocurrencia de la causal misma, que no por ello deben en todos los casos considerarse como carentes de validez o de eficacia. El interés de los terceros beneficiarios es, en consecuencia, una razón de más que explica la exigencia de una consagración especial de esta causal de terminación anormal del contrato.

En el criterio de este tribunal, tratándose de derechos de contenido económico estos son susceptibles de transmisión mortis causa, de modo tal que el heredero a título singular o universal, en los términos del artículo 1008 del Código Civil, entra a ocupar la posición del causante, en dado caso, no con el objeto de asumir la continuidad del contrato, sino con el de ejercer los derechos vinculados a la ejecución del contrato y su liquidación.

En efecto, derechos legalmente o contractualmente en cabeza del fideicomitente, de lo que es ejemplo el derecho de ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario plasmado en el artículo 1236 del Código de Comercio, no poseen una condición personalísima y revisten por el contrario, un claro contenido económico como quiera que se traducen en una prestación valorable en dinero, susceptible de transmisión y por ende de integración al caudal relicto.

Para este tribunal es claro que cuando se adjudica al heredero el dominio, propiedad y posesión plena sobre los derechos fiduciarios constituidos por el causante “tal y como da cuenta” la escritura de constitución, se está transfiriendo en su favor la universalidad de los derechos fiduciarios en cabeza del mismo. Ello comprende tanto los derechos vinculados a su condición de fideicomitente, como aquellos asociados a su condición de beneficiario, toda vez que el contrato erige al fideicomitente como beneficiario, compartiendo posición con los acreedores garantizados, para rescatar su vocación de obtener la restitución de los bienes o el remanente, una vez cumplida la finalidad del negocio. Tal derecho, a la luz de los artículos 1236 numeral 3º y 1242 del Código de Comercio, no repugna con la condición de fideicomitente

La acción en estudio, de modo más concreto, versa sobre un supuesto incumplimiento del contrato ligado a la acusada pretermisión de las formalidades convenidas y sobre la responsabilidad profesional de la fiduciaria con ocasión del proceso emprendido para la ejecución de la garantía, elementos que aluden al conjunto de derechos, obligaciones y cargas de la relación fideicomitente-fiduciaria y que comportan un interés económico susceptible de ser transmitido por causa de muerte.

Asumir la tesis contraria, abriría el campo a la irresponsabilidad de las partes en un contrato, por los daños ligados a su incumplimiento con ocasión de la muerte de su contraparte y generaría una situación manifiestamente injusta frente al mismo ordenamiento que, al contemplar la situación análoga en la que el causante haya iniciado en vida la acción, establece que la misma está llamada a continuar en cabeza de sus herederos: “Fallecido un litigante no declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador. (...)” (CPC, art. 60).

En esa medida, señala el tribunal que, la formalidad omitida como un deber del fideicomitente a favor de la fiduciaria, la misma sería renunciable por ella. Vista la formalidad como una carga en cabeza del fideicomitente en su propio favor, su incumplimiento por parte del mismo le atrae potencialmente una situación gravosa derivada de la propia voluntad. Vista la formalidad en cuestión como pactada a favor de terceros, su no exigencia al fideicomitente por parte de la fiduciaria comportaría una responsabilidad de la misma frente a dichos terceros que serían los únicos legitimados para exigirla.

De otra parte, se pregunta ¿si la fiduciaria está obligada, frente al fideicomitente, a exigirle el cumplimiento de una carga que se encontraba en cabeza del mismo fideicomitente? ¿Puede el fideicomitente demandar a la fiduciaria por no haberle exigido el cumplimiento de un acto potestativo del propio fideicomitente?

Este tribunal considera que la respuesta a estas dos preguntas es negativa. El principio de buena fe obliga no solo a lo expresado en el contrato o acto jurídico, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza del mismo, según la ley, la costumbre o la equidad natural. En este sentido, siendo una carga-deber del fideicomitente surtir la mencionada formalidad con una función netamente probatoria, no resulta de recibo que desconozca los efectos de su propio acto por razón de la ausencia de esta formalidad.

Ni el fideicomitente ni la parte convocante tacharon de falsas, o alegaron vicios del consentimiento en relación con las solicitudes de expedición de los certificados durante la ejecución de contrato. Nada se alegó contra dichas solicitudes con anterioridad a la venta de los bienes para satisfacer el pago de las obligaciones garantizadas cuyos certificados de garantía se pedían en las mismas. Tampoco se objetó la validez de tales obligaciones garantizadas. Si hubiese alguna duda acerca de la voluntad del constituyente, el dato sobre la forma tendría algún sentido, pero tal y como reza el aforismo latino cuando hay una voluntad evidente, no hay lugar a la presunción (*ubie est evidens voluntas, non requietur praesumptione locum*). Decía en sentido similar el ordenamiento de Alcalá: “De cualquier manera que un hombre quiera obligarse queda obligado”.

El tribunal de arbitramento ha sostenido, en cuanto a la modificación tácita del contrato, que en el derecho mercantil domina el principio de consensualidad. En materia de interpretación de las cláusulas de un contrato, el Código Civil, por su parte establece en su artículo 1609 como una herramienta válida para el efecto “la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra”. Esta alusión a la conducta contractual de las partes ha sido prohijada ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia, siendo célebre la sentencia de casación del 3 de junio de 1946, LX 661, citada por la parte demandada.

En materia mercantil la conducta contractual de las partes no está llamada a ser simplemente un criterio de interpretación del contrato, en tanto la misma posee una clara vocación genitiva. Así en relación con la oferta de contrato, el artículo 854 del Código de Comercio admite la aceptación tácita “manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto (...)”. El Código Civil, por su parte reza en su artículo 1618 “Conocida la intención de las partes se estará más a ella que a lo literal de las palabras”.

En modo negativo, un acuerdo de voluntades que ha generado obligaciones en los términos del artículo 1602, puede ser objeto de un acuerdo en contrario que no necesariamente se encuentre referido a la totalidad del contrato sino apenas a alguna o algunas de sus prestaciones. Las partes pueden suprimir válidamente una formalidad. En la arena mercantil, dicha supresión no lleva en forma necesaria la suscripción de un nuevo acuerdo y puede consistir en la derogación tácita de una disposición contractual por la continuada, consistente y uniforme conducta de las partes de inaplicación de la norma y/o su sustitución en idénticos términos por una prestación equivalente.

En cuanto al marco general de la responsabilidad del fiduciario, el tribunal manifestó que la responsabilidad de las entidades fiduciarias se inscribe en la denominada responsabilidad profesional, la cual esencialmente implica la utilización de un rasero más exigente al ordinario que ha sido construido sobre el nivel de diligencia y cuidado de un buen padre de familia. En la actualidad, de modo cada vez más generalizado, no se espera de quien se ejercita en un trabajo especializado, el nivel de diligencia y cuidado de un hombre ordinario mediana o altamente diligente. Se espera algo más y ese algo más se relaciona con las expectativas de quienes entran en trato con el mismo, ligadas a su especial conocimiento y versación en la profesión, arte u oficio de que se trate. Esta tendencia ha proyectado ya su influjo sobre la legislación mercantil, así por ejemplo, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 refiriéndose a los administradores de las sociedades mercantiles inicia el catálogo de deberes de los mismos estableciendo que deben obrar “de buena fe, con lealtad y con la diligencia y cuidado del buen hombre de negocios”.

La responsabilidad de las entidades fiduciarias es de carácter profesional y las obligaciones del fiduciario, de medio. La relación fiduciaria supone el deber por parte del profesional de actuar con lealtad, transparencia, eficacia y prudencia. En el derecho anglosajón se exige por parte del fiduciario un cumplimiento particularmente celoso de sus obligaciones que supone la observancia por parte del mismo, de los deberes de imparcialidad, justicia, dedicación, fidelidad, franqueza, lealtad y buena fe.

No obstante lo anterior, la responsabilidad del fiduciario sigue siendo una responsabilidad fundada en la culpa que como tal, se enmarca dentro del principio general de responsabilidad consagrado en el artículo 2341 del Código Civil. Y lo es así por expresa voluntad del legislador comercial que en el artículo 1243 del Código de Comercio, dispone por regla que el fiduciario responderá hasta por “culpa leve” en el cumplimiento de su gestión.



Esta definición admite en sana lógica excepciones o modulaciones en función de la naturaleza de las cosas, tratándose en este caso de prestaciones aisladas que no llegan a afectar el principio legal.

Algo semejante puede observarse de la definición de las obligaciones del fiduciario como de medios y no de resultados, contenida en el numeral tercero del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que preceptúa: “Prohibición general. Los encargos y contrato fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por parte de estas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos que así lo prevea la ley”.

Siendo aplicable el principio general de responsabilidad al fiduciario, es necesario, en primera instancia, que se establezca una acción u omisión por parte del mismo que pueda ser calificada como culposa, la existencia de un daño cierto y la debida conexidad entre la negligencia del fiduciario y el daño. Tratándose las obligaciones de los fiduciarios de obligaciones de medios y no de resultados, el daño indemnizable, en principio, no puede constituir en el desagrado con el resultado de la gestión del fiduciario, sino en una situación de pérdida efectiva que tenga como correlato un defecto en los medios utilizados o dejados de utilizar por el fiduciario.

---

## 6. NOTICIAS DE LA SUPERINTENDENCIA

### **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

**Concepto:** 220-111694 DEL 05 DE MARZO DE 2007

**Tema:** EL REPRESENTANTE LEGAL DE UNA SOCIEDAD PUEDE ACTUAR COMO LIQUIDADADOR

¿El representante legal de una sociedad en liquidación puede inscribirse directamente como liquidador, máxime cuando no ha sido posible que los socios de la compañía se reúnan para efectuar el correspondiente nombramiento?

El artículo 164 del Código de Comercio, las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, conservan para todos los efectos legales dicho carácter, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección.

Así las cosas y en consonancia con lo expresado por la precitada norma, el artículo 227 ibidem señala que: "Mientras no se haga y se registre el nombramiento de liquidadores, actuarán como tales las personas que figuren inscritas en el registro mercantil del domicilio social como representantes de la sociedad".

Por tanto, e independiente de que los estatutos de la compañía hayan señalado que “para el evento de la liquidación, en caso de que no sea designado liquidador tendrá este carácter quien sea gerente de la sociedad”, de las previsiones legales antes dichas, se concluye que la persona que aparece inscrita en el registro puede desempeñarse como liquidador.

En otras palabras, ante el relatado hecho de que la sociedad está disuelta y en estado de liquidación por vencimiento del término de duración, y no ha sido posible que se reúna el máximo órgano social y siempre que no se registre un nuevo nombramiento, la persona que figura como Representante Legal de la sociedad puede actuar como liquidador.

### **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

**Concepto: 220-010526 del 27 de Febrero de 2007**

**Tema: Transferencia de acciones**

En el caso de la separación de bienes, ¿los demás accionistas pueden ejercer el derecho de preferencia frente a las acciones que el accionista pretende traspasar a su cónyuge, también accionista, o el mismo no tiene aplicación?

¿Qué pasa con el derecho de preferencia en el caso de las sucesiones, si en los estatutos no hay nada pactado sobre el particular?

Según el criterio de la Superintendencia, al estar consagrado el derecho de preferencia en la negociación de acciones sin prever nada al respecto, en el primer evento sería preciso agotar el trámite que el mencionado derecho comporta, en tanto que en el segundo no habría lugar a aplicar el mismo.

1. “Sobre el Derecho de Preferencia en la negociación de acciones y su extensión, la Superintendencia ha expresado en diversas oportunidades su criterio, estableciendo de manera clara que conforme lo dispuesto en los artículos 379, numeral 3 y 403 del Código de Comercio, la regla general es que las acciones son libremente negociables, salvo que estatutariamente se pacte el derecho de preferencia, con el fin de buscar salvaguardar los intereses de las personas que inicialmente decidieron vincularse a la compañía.

Conlleva lo anterior entonces a que el mencionado derecho, una vez pactado se convierta en regla y se den por lo tanto todos los efectos que de él se derivan.

De esta manera se reitera lo manifestado por la Doctrina, en cuanto que "es propósito fundamental del derecho de preferencia procurar que en todo caso las acciones que se vayan a negociar queden en poder de la sociedad o de los demás accionistas según se haya estipulado y que solo cuando aquella o éstos no quieran adquirirlas, puedan ofrecerse a terceros".

Es así como, una vez establecido el derecho citado, este opera en toda su extensión y por consiguiente, abarca indistintamente toda enajenación de acciones que tenga lugar en la sociedad, independientemente de la modalidad de la transacción que se lleve a cabo.

En este orden de ideas es dable concluir que la actuación del representante legal de la sociedad, en cuanto a negarse a inscribir la adjudicación de unas acciones realizada con ocasión de la liquidación de una sociedad conyugal, está en consonancia con los deberes que le asisten a los administradores, relacionados con el cumplimiento de los estatutos que le imponen velar por la sujeción al derecho de preferencia pactado en el contrato social.

En cuanto hace al acta de conciliación, basta afirmar que si bien ella presta mérito ejecutivo y el acuerdo tiene efectos de cosa juzgada, solo opera interpartes y no en este caso, frente a la sociedad, pues de ser así, se llegaría al absurdo de hacer nugatorias las cláusulas pactadas en los estatutos sociales. “

2 ”Por otra parte, tratándose de transferencia de cuotas o acciones por sucesión mortis causa, tal figura (el derecho de preferencia) no puede mirarse dentro del contexto de lo que es la negociación o cesión, ya que éstas hacen relación a la transferencia por actos entre vivos y como lo ha dicho este Despacho en anteriores oportunidades, tales fenómenos jurídicos, en razón a su naturaleza y la forma como se produce el cambio de la titularidad de las de las partes alícuotas, son distintos, razón por la cual el derecho de preferencia predicable respecto de la negociación y de la cesión, no lo es en relación con el traspaso por causa de muerte.

“Para la sociedad anónima no existe disposición legal en nuestro Código de Comercio que someta tal asunto a un trámite o regla especial, siendo indiferente en este tipo de sociedad la persona o personas que sustituyan en sus derechos y obligaciones al accionista que fallezca, por lo cual en el caso de las acciones, la transferencia de éstas en virtud de tal acto, es libre, en el sentido de que las mismas pueden adjudicarse a los herederos del causante o a personas distintas de éstas y en uno u otro caso, el adjudicatario adquiere plenamente la calidad de accionista una vez se inscriba en el libro de registro de accionistas el acto en virtud del cual se hubiere operado la adjudicación, sin requerir para ello condición o formalidad alguna, afirmación que tiene apoyo en los artículos 406 y 409 del Código en mención ....”

