



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS CONTRATOS COMERCIALES



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

**REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS
CONTRATOS COMERCIALES
Fiducia Mercantil, Leasing y Agencia Comercial**



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

**REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS
CONTRATOS COMERCIALES
Fiducia Mercantil, Leasing y Agencia Comercial**

**MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA

Presidente
HERNANDO TORRES CORREDOR

Vicepresidente
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Magistrados
JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
RICARDO MONROY CHURCH

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Director

ALEJANDRO PASTRANA ORTIZ

Coordinador Académico del Área Civil



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS CONTRATOS COMERCIALES Fiducia Mercantil, Leasing y Agencia Comercial

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"**



PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA EN EL ÁREA CIVIL, AGRARIO Y COMERCIAL

PRESENTACIÓN

El Módulo de Reflexiones sobre Algunos Contratos Comerciales forma parte del Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas y la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo, bajo la coordinación del Magistrado Néstor Raúl Correa Henao, con la autoría del doctor MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El Módulo de Reflexiones sobre Algunos Contratos Comerciales que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con servidoras y servidores judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos. De la misma



manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor **MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ** fue validado con los Funcionarios y Empleados de los Comités Académicos quien con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.



- Aproximación sistemática, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia.

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. ***Investigación Aplicada:*** Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.

2. ***Plan de Formación:*** Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.

3. ***Proyección Social de la Formación:*** Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.



Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “learning societies”, *organizaciones que aprenden* “learning organizations”, y *redes de aprendizaje* “learning networks”¹.

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.



Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de "*lo público*" a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Curriculum integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la "enseñanza dialogante" se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no



puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo de la Escuela, en donde los autores/as contaron con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados y Jueces, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa I. Preparatoria. *Reunión Preparatoria.* Con esta etapa se inicia el programa de formación; en ella la red de formadores/as con la coordinación de la Escuela Judicial, presenta los objetivos, la metodología y la estructura del curso; se precisan los módulos transversales y básicos que le sirven de apoyo, y se reitera el uso del Aula y Campus Virtuales. Así mismo, se lleva a cabo el *Análisis Individual*



tanto de los módulos como del caso integrado e integrador cuyas conclusiones se comparten mediante su publicación en el Blog del Curso.

Etapa II. Integración a la Comunidad Judicial. Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos formativos. Esta etapa está conformada por cuatro fases claramente identificables:

La *Reunión Inicial del Módulo* en la cual se presentan los objetivos del módulo, la agenda, las guías didácticas y los materiales para su estudio y se fijan los compromisos pedagógicos por parte de los y las discentes con el curso de formación que inician.

El *Análisis Individual* que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, estudio y análisis del módulo, el desarrollo de los casos y ejercicios propuestos en el mismo, con apoyo en la consulta de jurisprudencia, la doctrina y el bloque de constitucionalidad, si es del caso.

El *Foro Virtual* constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es buscar espacios de intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial.

El *Conversatorio del Curso* que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión y dirección alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias y juego de roles, entre otras estrategias pedagógicas.

Etapa III. Aplicación a la Práctica Judicial: La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los servidores que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, se traduce



en un mejoramiento permanente de la misma y por ende, una respuesta con calidad y más humana para los usuarios y usuarias. Esta etapa se desarrolla mediante tres fases:

La *Aplicación in situ* busca "aprender haciendo" de manera que la propuesta académica se convierta en una herramienta útil en el quehacer judicial permitiendo identificar las mejores prácticas en los casos que se sometan al conocimiento de la respectiva jurisdicción o especialidad.

El *Seguimiento* a través de conversatorios presenciales o por videoconferencia que posibiliten a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a reforzar los contenidos de los módulos desarrollados y fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial mediante su participación en el Blog de Mejores Prácticas.

Las *Monitorías* en donde los formadores y formadoras se desplazan a los distintos distritos, con el fin de observar el funcionamiento de los despachos en cuanto a la aplicación de los contenidos de los módulos o reformas e intercambiar puntos de vista sobre dicha gestión; este ejercicio se complementa con los "conversatorios distritales" en los que participan todos los magistrados, magistradas, juezas y jueces de la sede, al igual que, otros intervenientes y usuarios involucrados en la problemática que se aborda. Todo lo anterior, con el fin de plantear nuevas estrategias de mejoramiento de la práctica, mediante la cualificación del programa formativo

Etapa IV. Evaluación del Curso: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo, con el fin de establecer el avance en la obtención de los logros alcanzados frente a los objetivos del programa, así como la aplicación de indicadores y su respectivo análisis y mediante la profundización sobre casos paradigmáticos de la especialidad o jurisdicción en el *Observatorio Académico* de la EJRLB cuyos resultados servirán de insumo para EJRLB futuros programas de formación.



Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces la República, Empleados y expertos juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial para prestar un buen servicio a las y los ciudadanos.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que está inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como: La Ética Judicial, Igualdad de Género en la Administración de Justicia, Argumentación Judicial en Debates Orales y Escritos, Filosofía del Derecho, Estructura de la Sentencia, Prueba Judicial, Interpretación Constitucional, Interpretación Judicial, Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le



permitan realizar un diálogo de manera sistemática y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Judicial Especializada **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial** que la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escuelajudicial@ejrlb.net los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial**.



INTRODUCCIÓN

El desarrollo que ha tenido la economía en las últimas décadas y, por supuesto, el crecimiento de las actividades comerciales, ha generado que se sometan al conocimiento de los jueces nuevos tipos de controversias asociadas a negocios jurídicos que, no obstante conocidos, eran de poca celebración, o que el ordenamiento jurídico apenas identificaba y que, por lo mismo, resultaban, además, de difícil aprehensión por parte de los administradores de justicia.

A los temas tradicionales vinculados a contratos típicos como la compraventa, la promesa de contratar, el préstamo de dinero y el arrendamiento, para solo resaltar algunos de ellos, se agregaron otros enlazados con negocios como el leasing, la fiducia mercantil y la agencia comercial. En la mesa del juez ya no solo se encuentran procesos para definir la pertenencia o la reivindicación de un bien, el establecimiento de una servidumbre, la nulidad o resolución de un contrato, el pago de una determinada suma de dinero, la realización de una hipoteca o la entrega de un específico bien, sino también juicios en los que se discute, por ejemplo, la responsabilidad de una sociedad fiduciaria o de una sociedad de leasing por razón del eventual incumplimiento de obligaciones surgidas de los contratos que ellas celebran, o la posibilidad que tienen los acreedores de embargarle a su deudor los bienes que transfirió a título de fiducia mercantil, o si es viable rescindir por lesión enorme un contrato de compraventa celebrado entre una sociedad de leasing y el candidato a locatario en un contrato de lease-back, o la capacidad para ser parte de un patrimonio autónomo, o la determinación de la calidad de agente comercial de un demandante que reclama el reconocimiento de la apellidoada cesantía



comercial, o la clase a la que pertenece un crédito cuyo pago se respaldó con una fiducia en garantía, cuando el deudor fideicomitente es admitido a proceso liquidatorio, entre muchos otros litigios que obligan al juez a prepararse en unas temáticas aún ajenas a los programas de pregrado, algunas con relativo acercamiento por parte de la doctrina y sobre las cuales no existe una jurisprudencia decantada y, menos aún, unificada.

Algunos de esas tipologías contractuales ofrecen, además, ciertas dificultades a la hora de engastarlas dentro del ordenamiento jurídico en general, pues a pesar de estar reguladas –como en el caso de la fiducia mercantil y de la agencia comercial-, ofrecen variables que no siempre se explican desde el régimen general de las personas, las obligaciones y los contratos. Así por ejemplo, el tema del patrimonio autónomo frente a los atributos de la personalidad, o la renunciabilidad o irrenunciabilidad de las prestaciones que surgen para el agente al terminar la agencia mercantil. Y qué decir de un contrato como el de leasing, que por fuerza del síndrome de tipicidad que acompaña a muchos abogados, suele identificarse, de manera impropia, con un negocio jurídico típico como el arrendamiento, lo que ha provocado no pocas dificultades y equivocaciones, que parten de no reconocer el carácter atípico de dicho negocio, no obstante ser nominado.

El propósito de este módulo es el de brindar elementos de juicio que le permitan al juez enfrentar algunos de los problemas jurídicos que más se presentan en los procesos en los que se discute la existencia, validez o eficacia de obligaciones surgidas de los contratos de fiducia mercantil, leasing y agencia comercial, o que rozan con dichas operaciones, de modo que pueda brindar una solución adecuada y razonable a los conflictos que se someten a su conocimiento.



Con ese propósito, hemos hecho especial énfasis en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sin dejar a un lado los aportes del Tribunal Superior de Bogotá, en ciertos temas y, por supuesto, los de la doctrina.

CAPITULO 1

EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

Objetivos generales

- Identificar las principales características del contrato de fiducia mercantil.
- Establecer las diferencias que existen entre la fiducia regulada en el Código de Comercio y algunas instituciones afines.
- Conocer los problemas jurídicos más controversiales que la fiducia mercantil ha suscitado en la labor judicial.

Objetivos especiales

- Reconocer las particularidades de la fiducia mercantil frente a la propiedad fiduciaria, la fiducia pública y el encargo fiduciario.
- Resaltar la importancia de la noción de patrimonio autónomo y su incidencia en el proceso judicial.
- Examinar la fiducia en garantía, como una de las expresiones de la fiducia mercantil, en relación con otros conceptos jurídicos como los relativos a garantías reales, prelación de créditos, pacto de comiso y debido proceso.
- Explorar las principales posturas que se han formulado en torno a la posibilidad de perseguir los bienes fideicomitidos.
- Conocer la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores en torno a dichos problemas jurídicos.



EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

Aspectos generales:

La fiducia mercantil es un contrato en virtud del cual una persona le transfiere a otra uno o más bienes para que los administre o enajene, con la finalidad de cumplir un propósito establecido por aquel, en beneficio de él mismo o de un tercero. Así lo establece el artículo 1226 del C. de Co., en una definición descriptiva que precisa, además, que las partes del negocio jurídico son el fiduciante y el fiduciario; que una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante –o constituyente–y beneficiario, y que el fiduciario necesariamente debe una sociedad autorizada por la Superintendencia Financiera.

El beneficiario o fideicomisario no es, en rigor, parte en el negocio jurídico, pues se trata de una calidad que, incluso, puede tener el mismo fiduciante; y aunque en ciertas tipologías de fiducia esa condición sólo puedan ostentarla terceros (p. ej.: fiducia en garantía), es claro que ellos no intervienen en su formación, por lo que el contrato existe aunque los beneficiarios hayan sido determinados desde un comienzo o –con mayor razón– sean indeterminados, quienes luego se plegaran a él, sin posibilidad de alterar el entramado de sus estipulaciones. De allí que el artículo 1229 del C. de Co. Establezca que “La existencia del fideicomisario no es necesaria en el acta de constitución del fideicomiso, pero sí debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener pleno efecto.”



Algunas de las características de este contrato son las siguientes:

- a. Es bilateral y oneroso (C. de Co., arts. 1226 y 1237).
- b. Es solemne, pues deberá constar en escritura pública si recae sobre bienes inmuebles, naves o aeronaves, y por documento privado, cuando se trate de bienes muebles. La fiducia constituida por causa de muerte, requiere testamento. Según la naturaleza de los bienes, el escrito respectivo deberá ser registrado en la oficina correspondiente. (C. de Co., art. 1228; E.O.S.F, art. 146 –num. 2-; Dec. 847/93, art. 1 y Dec. 650/96, art. 7)
- c. Genera un patrimonio autónomo, por lo que los bienes fideicomitidos, aunque tengan como titular de su dominio al fiduciario, no integran el patrimonio de este, ni forman parte de la garantía general de sus acreedores.

Este es uno de los rasgos más destacados de la fiducia mercantil, pues aunque ella da lugar a la transferencia de bienes, estos, en estrictez, no le pertenecen al fiduciario (en el sentido pleno que le corresponde a la propiedad regulada en el derecho colombiano), quien debe mantenerlos separados del resto de sus activos y, por supuesto, de los demás patrimonios autónomos que se hubieren constituido en virtud de otros negocios fiduciarios (C. de Co., arts. 1233 y 1234 –num. 2º-).



En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha señalado que al patrimonio autónomo que surge del contrato de fiducia no le falta un titular, el fiduciario, “así lo sea de un modo muy peculiar”², puntualizando en sentencia de 14 de febrero de 2006, que la sociedad fiduciaria,

“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 sólo 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 sólo determina el radio de acción del fiduciario, sino que es la persona –o sus herederos– a la que pasará nuevamente el dominio, una vez termine el contrato, salvo que el mismo fideicomitente hubiere señalado otra cosa (art. 1242 ib.).

“Esa particularísima transferencia del dominio, esa singular forma de recibir el fiduciario la propiedad, explica que el legislador hubiere previsto que, por regla, los bienes fideicomitidos constituirían un patrimonio autónomo –o especial para otros– afecto a la finalidad prevista en la fiducia (art. 1233 C. de Co.), cuyo titular formal es el fiduciario, aunque no puede desconocerse que, *mutatis mutandis*, “bajo ciertas condiciones y limitaciones” subsiste una titularidad en el constituyente, “en cuyo patrimonio pueden considerarse, en ocasiones, los bienes fideicomitidos, los cuales, inclusive, pueden regresar a dicho constituyente”, como lo precisan las actas de la referida Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio de 1958³, muy útiles para reconstruir la *intentio* del legislador mercantil.”⁴

² Sentencia de 3 de agosto de 2005; M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; exp.: 1909

³ Proyecto de Código de Comercio. Ob cit. T. II. Pág. 291.

⁴ M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; exp.: 1000-01.



Por eso el fiduciario no puede disponer libremente de los bienes fideicomitidos, sino con sujeción a las instrucciones que le hubiere dado el fideicomitente en el acto constitutivo. Tampoco puede sacar provecho de ellos para sí mismo, sino en beneficio del fideicomisario. Más aún, es tan claro que el fiduciario no es un arquetípico propietario, aunque tenga la titularidad del dominio de los bienes fideicomitidos, que es ineficaz toda cláusula en virtud de la cual pueda adquirir definitivamente la propiedad por causa del negocio fiduciario (C. de Co., art. 1244). Por eso tiene el deber de transferirle los bienes al fiduciante –o a quien se hubiere previsto en el contrato- al extinguirse la fiducia (C. de Co., arts. 1234 –num. 7-, 1236 –num. 3- y 1240).

Por todo ello los bienes que el fiduciante transfiere conforman un patrimonio autónomo exclusivamente afectado a la finalidad prevista por el fideicomitente (C. de Co., art. 1233) y, por regla, solo garantiza las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida con la fiducia (art. 1227, ib.).

d. Es un negocio jurídico de duración, aunque limitada, toda vez que no puede ser mayor de veinte años, salvo que el beneficiario sea un incapaz o una entidad de beneficencia pública o utilidad común (C. de Co. Art. 1230 –num- 3º).

e. Es un contrato de confianza, celebrado por el fideicomitente por razón de las calidades especiales del fiduciario, quien, por tanto, no puede renunciar a su gestión sino por las causas previstas en aquél y con autorización previa del Superintendente Financiero (C. de Co., art. 1232), sin posibilidad



de delegar el cumplimiento de sus deberes (C. de Co., art. 1234). Además, el negocio fiduciario puede ser revocado por el fiduciante, si se reservó ese derecho (C. de Co., art. 1240 –num. 11-).

Delimitación

Antes de analizar algunos de los temas que más controversia suscitan en la fiducia mercantil, es necesario efectuar ciertas precisiones conceptuales.

1. En primer lugar, la fiducia mercantil no puede confundirse, en ningún caso, con la propiedad fiduciaria regulada en el Código Civil, en la que el fiduciario es titular de una propiedad sometida a condición resolutoria, considerada, por tanto, como una limitación al dominio, como un gravamen que soporta el propietario fiduciario, quien debe transferir el bien al beneficiario una vez se verifique la condición prevista por el fiduciante (C.C., art. 794). Por eso el fiduciario puede disponer, usar y sacar provecho de los bienes, aunque la enajenación lleve pareja el gravamen (C.C., arts. 808, 810, 813 y ss.), no así las utilidades obtenidas, pues la condición no opera retroactivamente (C.C., art. 820). Incluso, el fiduciario puede consolidar su dominio sobre los bienes fideicomitidos, si la condición llegare a fallar.

Todas estas particularidades son, por supuesto, extrañas a la fiducia mercantil, como se desprende de su simple contraste con las características reseñadas⁵.

2. En segundo lugar, se impone deslindar el contrato de fiducia del encargo fiduciario, que también es un negocio de confianza, pero que corresponde a un mandato que el fiduciante le hace al

⁵ Sobre las diferencias de la fiducia mercantil con la propiedad fiduciaria, puede verse la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de 30 de abril de 1982, con ponencia del Magistrado Gustavo Humberto Rodríguez.



fiduciario para que adelante una determinada gestión por cuenta de aquel (art. 1262 C.C.), sin que se transfiera –ello es medular- la propiedad sobre los bienes fideicomitidos.

Aunque el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que al encargo fiduciario le son aplicables “las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato”, el mismo artículo que contempla esa integración normativa precisa que en todo debe tener en cuenta la compatibilidad de las respectivas normas “con la naturaleza de estos negocios” y, claro está, que ellas “no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto” (Dec. 663/93; art. 146 –num. 1-).

En torno a las diferencias entre uno y otro negocio jurídico, la Corte Suprema de Justicia puntuó en sentencia de 21 de noviembre de 2005 que,

“... no es lo mismo el contrato de fiducia mercantil y el encargo fiduciario, dado que el primero se caracteriza por la transferencia especial del dominio de los bienes especificados, en tanto que el segundo, amén de instrumentarse en las normas del mandato, por la entrega de los bienes, pero a título de mera tenencia⁶.

“De manera que si en el encargo fiduciario no hay desplazamiento del derecho de dominio de los bienes, pues el fiduciario, en desarrollo de su función, es un simple tenedor de los mismos, lo cual implica reconocer dominio ajeno, esto trae como consecuencia que no se genera un patrimonio autónomo, a diferencia de la fiducia mercantil en donde, de conformidad con lo

⁶ En igual sentido la Circular Básica Jurídica 007 de 19 de enero de 1996 de la Superintendencia Bancaria, según la cual “si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales sólo existe la mera entrega de los bienes”



previsto en el artículo 1233 del Código de Comercio, hay una particularísima transferencia de la propiedad a favor del fiduciario para la formación de un “patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”.⁷

3. En tercer lugar, también es útil acotar que en el caso de la llamada fiducia pública no existe transferencia de los bienes fideicomitidos al fiduciario, ni ella da lugar a la formación de un patrimonio autónomo –salvo los casos excepcionales previstos en el parágrafo 2º del artículo 41 de la ley 80 de 1993–, pues, al fin y al cabo, se trata de bienes o recursos públicos que no dejan de serlo –con todo lo que ello implica– por el mero hecho de celebrarse un contrato de fiducia (Ley 80/93; art. 5).

Aspectos controversiales:

Nos corresponde ahora ocuparnos de algunos de los temas más controversiales del contrato de fiducia en el panorama judicial.

1. El patrimonio autónomo y su forma de comparecer el proceso.

Durante mucho tiempo se discutió en los despachos judiciales si el patrimonio autónomo podía demandar o ser demandado. Como la doctrina procesal afirmaba –y afirma– que no solo las personas naturales y jurídicas tienen capacidad para ser parte, sino también los patrimonios autónomos, fueron muchos los jueces que tramitaron procesos en los que ese patrimonio fungía como demandante o

⁷ M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar; exp.: 03132 01.



demandado, asistido, claro está, por la sociedad fiduciaria, quien, según el numeral 4º del artículo 1234 del C. de Co., tiene “la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos...”

Esta tesis fortalecía el concepto de patrimonio autónomo, puesto que no lucía coherente con las características que individualizan ese concepto en las normas sustanciales que, pese a ellas, fuera el fiduciario quien tuviera que plantear la pretensión o resistirla, menos aún si se considera que, en estricto derecho, el fiduciario debe mantener sus bienes separados de los bienes fideicomitidos, que estos no hacen parte de su patrimonio y que el resultado del juicio no repercuta, para bien o para mal, en sus propios haberes. El derecho que los jueces reconocen o realicen integra el patrimonio autónomo y aprovecha al beneficiario, pero nunca al fiduciario; de igual forma, las condenas que se impongan en las respectivas sentencias únicamente afectaran dicho patrimonio, pero jamás el de la sociedad fiduciaria (a menos que se trate de un proceso de responsabilidad adelantado contra ella). Se afirmaba, por tanto, que si la legitimación radicaba en el patrimonio autónomo, era él quien debía demandar o ser demandado.

La tesis opuesta tiene como punto de partida que los patrimonios autónomos no gozan de capacidad para ser parte, por lo que es el fiduciario el que debe obrar como demandante o como demandado, en el entendido que funge como personero de los bienes fideicomitidos. Esta es la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia, quien la respalda en los siguientes argumentos:

- a. En el derecho colombiano el patrimonio es un atributo de la personalidad. A ello le sigue que toda persona tiene patrimonio y que todo patrimonio tiene un titular. Más aún, una persona no puede tener varios patrimonios.



b. En materia procesal sólo pueden ser parte en un proceso las personas naturales o jurídicas, como lo establece el artículo 44 del C.P.C., en el que no se incluye a los patrimonios autónomos, como sí ocurre en otros ordenamientos jurídicos.

c. La sociedad fiduciaria concurre al proceso a la manera de un *tertium genus*, pues no lo hace a nombre propio –dado que no responde con su patrimonio-, ni en nombre de otro –habida cuenta que no existe otro sujeto a quien representar-. Simplemente obra como titular de los bienes fideicomitidos, los cuales, como se apuntó en párrafos precedentes, conforman un patrimonio autónomo, distinto y separado de su propio patrimonio.

Así se expresó la Corte Suprema en su sentencia de 3 de agosto de 2005:

"6. Y ya no desde el punto de vista negocial que se acaba de examinar, sino de los efectos que debe reflejar para cuando con ocasión de la realización de un acto jurídico, como es la celebración de un contrato, se ve precisado el fiduciario a demandar al otro contratante o por el contrario a recibir el reclamo judicial que hace éste en torno al mismo, importa igualmente determinar cómo debe darse su comparecencia al respectivo proceso, lo que se traduce en establecer su condición procesal en asuntos que atañen con el susodicho patrimonio autónomo, punto en el cual cabe hacer las siguientes reflexiones:

"a) Ciertamente, como se ha indicado, el patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del C. de P. Civil, en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece



separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad.

"b) De modo que, como lo dijo la Corte respecto de otra especie de patrimonio autónomo, según providencia de 8 de agosto de 1994, a la que se hacen las adaptaciones que demanda el presente caso, en la cual se citó al tratadista Enrico Redenti, nuevamente acogida en sentencia No. 038 de 1999, expediente 5227, bien se puede afirmar ahora que también la fiducia no es persona, ni natural ni jurídica, y por consiguiente no tiene propiamente capacidad para ser parte de un proceso; pero por el hecho de que ella no tenga esa condición ni tenga por consiguiente un representante, deviene que no pueda demandar, ni ser demandada. Mediante la teoría del 'patrimonio autónomo' ello es posible, pero siempre por conducto del fiduciario, quien como titular de los bienes fideicomitidos asume el debate judicial para proteger intereses en razón de esa su condición, "sin que en tal caso se pueda decir, ni que esté en juicio en nombre propio (ya que no responde personalmente), ni que esté en juicio en nombre de otro (ya que no hay tras él un sujeto de quien sea representante). Surge más bien de ahí un *tertium genus*, que es el de estar en juicio en razón de un cargo asumido y en calidad particular de tal".

"..."

"Pero si es precisamente con ocasión del ejercicio o los actos que celebra en busca de obtener la finalidad perseguida en la fiducia mercantil, para lo cual le fue transferido el dominio de los bienes que integran el correspondiente patrimonio autónomo, la cuestión no atañe estrictamente con el presupuesto de capacidad para ser parte, que bajo las consideraciones anteriores se supera suficientemente para asegurar su comparecencia al proceso por conducto del fiduciario como su especial titular, sino con la legitimación en la causa, habida consideración de que, como lo señala también un autor nacional, "el fiduciario es titular de un derecho real especial, en cuanto está dirigido a unos fines negociales predeterminados por el fideicomitente en el negocio fiduciario. Y esa titularidad reposa sobre el bien transferido que constituye el denominado patrimonio autónomo. De allí (...) que el fiduciario detenta es una legitimación sustancial restringida por los límites del negocio celebrado."⁸⁹

⁸ Ernesto Rengifo García, La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia, U. E. C., p. 97

⁹ M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; exp.: 1909-01



En un todo conforme con esta jurisprudencia, meses después el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1049 de 6 de abril de 2006, por el cual reglamentó los artículos 1233 y 1234 del C. de Co., en el que precisó que “Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aún cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia”, reiterando que el fiduciario es el “vocero y administrador del patrimonio autónomo”, que en tal calidad puede comprometerlo, para lo cual “deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador”, y que, además, “llevará... la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.”

Se concluye, entonces, que los patrimonios autónomos no tienen, en la hora actual, capacidad para ser parte; que es el fiduciario quien debe demandar o ser demandado; que, en uno u otro caso, debe especificarse en la demanda que se le convoca como vocero o personero de ese patrimonio, dado que es el titular –formal- de los bienes fideicomitidos, y que el fiduciario no es, en estricto sentido, representante del patrimonio, pues este no es persona que pueda ser representada.

2. La fiducia en garantía frente a las garantías reales y la prelación de créditos.

Dentro de la amplia gama de fideicomisos (de administración, de inversión, inmobiliarios, testamentarios, etc.), atendida, clara está, la finalidad trazada por el fiduciante, ha cobrado particular y



útil importancia la apellidada fiducia en garantía –ya conocida en el derecho romano-, que es un negocio jurídico en virtud del cual el fiduciante le transfiere a la sociedad fiduciaria, a este título, uno o más bienes para que con ellos se respalden obligaciones contraídas por aquel o por terceros, cuyos acreedores, como beneficiarios de la fiducia y en la hipótesis de incumplimiento de su deudor, podrán solicitarle al fiduciario que realice dichos bienes en la forma establecida en el acto constitutivo, en orden a obtener, por esa vía, el pago de sus acreencias.

La utilidad de esta clase de fiducia, con alcance de caución, salta a la vista puesto que los acreedores, de una parte, logran que su deudor o el responsable del pago constituya con uno o ciertos bienes un patrimonio autónomo, separado del resto de sus activos, destinado exclusivamente a garantizar el pago de las obligaciones, y de la otra, sustraen la efectividad de la garantía de los procesos judiciales, puesto que con ese propósito no es necesario acudir ante los jueces. De esta manera se logra una rápida satisfacción del derecho, sin injerencia de otros acreedores del deudor y sin las contingencias que le son propias a los juicios de ejecución, entre ellas la demora judicial.

Se ha disputado, sin embargo, si la fiducia en garantía constituye un derecho real accesorio, con perfiles similares a los de la prenda e hipoteca. Se trata de un tema que no se puede eludir –así se afirme que puede resultar irrelevante en consideración al carácter traslaticio que tiene la fiducia mercantil-, dada su incidencia en los procesos de naturaleza concursal y a la importancia que en ellos tienen las reglas sobre prelación de créditos, en las que, como se sabe, los créditos prendarios, de suyo privilegiados (C.C., art. 2494), pertenecen a la segunda clase (C.C., art. 2497), mientras que los respaldados con hipoteca, que además es causa de preferencia (C.C., art. 2493), a la tercera (C.C., art. 2499).



A lo anterior se suma que según el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo complementan, la fiducia en garantía, al igual que la prenda y la hipoteca, es una seguridad admisible para que los establecimientos de crédito puedan adelantar ciertas operaciones activas de crédito (Decreto 2360/93, art. 4º).

Esta controversia fue zanjada por la Corte Suprema de Justicia, cuya Sala de Casación Civil precisó, en la ya referida sentencia de 14 de febrero de 2006, que

"... la fiducia en garantía no es, ni da lugar, a un arquetípico derecho real en cabeza del fideicomisario-acredor, no sólo porque en materia de derechos de ese linaje rige –en Colombia– el criterio de *numerus clausus* –por oposición al de *numerus apertus*–, sino también porque el beneficiario de la fiducia mercantil de garantía no goza del atributo de persecución que le es propio a aquellos. Incluso, se debe resaltar que dicho contrato no es causa especial de preferencia –propriamente dicha– sobre los bienes fideicomitidos (art. 2493 C.C.), ni le concede privilegio al crédito garantizado (art. 2494 ib.). Por supuesto que el hecho de haber sido catalogada dicha fiducia como garantía o seguridad admisible, para efectos de establecer la cuantía máxima de las operaciones activas que pueden desarrollar los establecimientos de crédito con una misma persona (cupos individuales), no autoriza su calificación como adamantino derecho real (Dec. 2360/93)."¹⁰

Resulta claro, pues, que el contrato de fiducia en garantía no da lugar a una garantía real.

Sin embargo, con posterioridad a ese pronunciamiento el legislador expidió la ley 1116 de 27 de diciembre de 2006, en virtud de la cual los créditos amparados con fidencias –o encargos fiduciarios– en garantía gozan de privilegio y, por tanto, son causa de preferencia.

¹⁰ M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; exp.: 1000-01.



Con este propósito, la ley estableció que en el acuerdo de reorganización y durante su ejecución, “Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa”, si bien queda suspendida la posibilidad de ejecutar la garantía, a menos que el juez del concurso la autorice de manera previa, precisa y expresa (arts. 43 –nums. 1 y 2- y 17); que “Si el acuerdo termina por incumplimiento, conforme a lo dispuesto en la presente ley, para efectos del proceso de liquidación judicial, queda restablecida de pleno derecho la preferencia de los gravámenes y garantías reales y fiduciarias suspendidas, a menos que el acreedor beneficiario haya consentido en un trato distinto” (art. 43 –num. 3-), y que la falta de presentación o la no confirmación del acuerdo de reorganización, al igual que la apertura de proceso liquidatorio, provoca la terminación de las fiducias en garantía constituidas por el deudor sometido a concurso, eventos en los cuales “Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendera o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos” (arts. 38 y 50).

Queda claro, entonces, que la fiducia en garantía no es un derecho real, pero que los créditos amparados con ella gozan de privilegio y, por tanto, de preferencia, con todo lo que ello implica. Desde luego que ello no obsta para que en precisos y determinados casos, como también sucede frente a la prenda y la hipoteca, los bienes fideicomitidos pueden llegar a ser afectados por créditos de la primera clase (alimentos, laborales, entre otros), dadas las reglas establecidas en los artículos 2496 del C.C. y 1238 del C. de Co.



3. La fiducia en garantía y el pacto comisorio.

Se sabe que el derecho patrio prohíbe toda estipulación que le permita al acreedor disponer o apropiarse de los bienes sobre los cuales recae la garantía, por medio diverso del previsto en las leyes. Así lo establecen los artículos 2422 –inciso 2º-, 2448 y 2464 del C.C., para la prenda, la hipoteca y la anticresis, en su orden, y 1203 del C. de Co. para la prenda mercantil.

La ley, entonces, sanciona con nulidad –en el caso civil- y con ineeficacia –en el caso comercial- el pacto comisorio, por considerar que afecta de manera sensible los intereses del deudor, cuya necesidad de crédito puede ser aprovechada por acreedores inescrupulosos para obtener ventajas económicas y jurídicas injustificadas.

Por muchos años se consideró que la fiducia en garantía adolecía de ilicitud por violación de las normas que prohíben dicho pacto. Así lo consideró la entonces Superintendencia Bancaria en concepto 416-21887 de 4 de noviembre de 1974, quien recogió su postura en el oficio OJ-136 de 13 de noviembre de 1981.

Años más tarde, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 14 de febrero de 2006, ya citada, puntualizó las razones por las cuales no podía cuestionarse la validez y eficacia de esa clase de fideicomiso, las cuales acogemos íntegramente:



a. La prohibición del pacto comisorio no puede extenderse a negocios jurídicos distintos de aquellos en los que el legislador expresamente estableció esa veda o restricción. Al fin y al cabo, toda prohibición debe ser interpretada con alcance restrictivo.

b. Dicha prohibición guarda estrecho vínculo, aunque no exclusivo, con las garantías reales, sin que esta calidad pueda atribuirse a la fiducia en garantía.

Esta conclusión no se altera por el hecho de habersele otorgado privilegio a los créditos garantizados con ella, puesto que a las causas de preferencia no les sigue, necesariamente, una restricción en las reglas para la efectividad de la garantía.

c. A diferencia del pacto comisorio, en el que el acreedor, por sí mismo, dispone o se apropiá de la cosa prendada o hipotecada, en la fiducia en garantía existe un tercero, el fiduciario, ajeno al fideicomitente y al acreedor-beneficiario, encargado por aquél desde el acto constitutivo de realizar los bienes fideicomitidos.

Sobre este particular, la Corte resaltó en su referido fallo que “no cabe afirmar que en virtud de la fiducia celebrada para garantizar obligaciones del fideicomitente, el acreedor-beneficiario tiene la facultad de disponer de los bienes objeto de la garantía, o de apropiarse de ellos por medio diverso del previsto en la ley. El acreedor tiene el derecho de exigirle al fiduciario que venda los bienes fideicomitidos y, dado el caso, que le haga dación en pago de los mismos; pero no es él quien procede a venderlos, ni mucho menos se apropiá de ellos por el sólo hecho del incumplimiento del deudor o, en general, por acto propio, ello es determinante.”



d. La fiducia en garantía constituye una valiosa herramienta para la solución extrajudicial del conflicto que surge por el incumplimiento de la obligación caucionada, por consiguiente respaldado por la Constitución y la ley, que impulsan este tipo de mecanismos de autocomposición de litigios.

Los trámites que adelanta la sociedad fiduciaria son, como lo precisó la Corte en dicha sentencia y más luego en la de 15 de julio de 2008 (exp.: 00579-01), “actos de pago voluntario, en la medida en que fue el propio deudor, *ad libitum*, quien previó esos mecanismos en el acto constitutivo, como se acotó. Luego no puede afirmarse que esa tipología de fiducia reemplaza los medios compulsivos de pago previstos en el Código de Procedimiento Civil, pues tal suerte de argumento pasa por alto que el pago que se verifica como corolario de la enajenación de los bienes fideicomitidos, es un pago voluntario que hace el propio deudor, quien con ese cometido se sirve del fiduciario.”

Ahora bien, aunque muchos puedan considerar que esta discusión fue superada hace ya algún tiempo, el tema cobra hoy particular importancia de cara a dos problemáticas a las que nos vamos a referir de manera puntual y concreta.

a. La primera concierne a la aplicación del debido proceso.

A este respecto es preciso señalar que, en principio, no se ve la manera como pueda cuestionarse desde esa frontera la actuación del fiduciario dirigida a realizar los bienes fideicomitidos, menos aún si, por regla, esa garantía constitucional sólo aplica a los procesos judiciales y administrativos (C. Pol., art. 29). Como bien lo dijo la Corte Suprema de Justicia en el fallo aludido, “si



el fiduciario atiende a cabalidad sus compromisos contractuales, sobre la base de que ninguna de las partes discute el derecho de crédito, no habrá hecho cosa distinta que darle cumplimiento a la voluntad de pago del deudor, quien, por tanto, *a posteriori*, no puede invocar la violación del debido proceso, como argumento ulterior para sustraerse de la ejecución de las cláusulas que gobiernan el negocio jurídico fiduciario, celebrado merced a su previa participación, con la inequívoca finalidad de disciplinar aspectos cardinales atinentes a su débito."

Cosa distinta sucede si el derecho del acreedor-beneficiario es controvertido por el fiduciante, por otros fideicomisarios, e incluso por el propio fiduciario, eventos en los cuales, según la misma Corte, "no puede el fiduciario fungir como árbitro, ni atenerse únicamente al requerimiento que le haga el acreedor. Lo primero, porque el fiduciario no es juez, ni ejerce, *pro tempore*, ninguna actividad judicial; lo segundo, porque el fiduciario no puede privilegiar a uno de los intervenientes, sea el beneficiario acreedor, sea el fideicomitente deudor."

Por consiguiente, puede afirmarse que la efectividad de la fiducia en garantía no traduce, en modo alguno, violación al debido proceso, por cuanto, en rigor, (a) no es el propio acreedor el que materializa su derecho de crédito, sino un tercero; (b) se trata simplemente de respetar las cláusulas del contrato de fiducia sobre realización de la garantía en caso de incumplimiento del deudor; (c) el fiduciario, en cualquier hipótesis, no procede sin previo enteramiento a todas las partes involucradas para que se pronuncien sobre la reclamación del beneficiario, y (d) el fiduciario no funge como árbitro, juez o componedor, sino como un mero mandatario que realiza los bienes fideicomitidos.



Por supuesto que en caso de una controversia que las partes no puedan solucionar directamente (autocomposición), la sociedad fiduciaria no podría darle cumplimiento al contrato so pretexto de atender el requerimiento del acreedor, porque, ahí, el derecho a un debido proceso podría resultar lesionado¹¹.

¹¹ Es en este sentido que debe entenderse lo que expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-276 de 2006, a través de la cual se pronunció sobre el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su protocolo, firmados en ciudad del Cabo el dieciséis (16) de noviembre de dos mil uno (2001), aprobado mediante la Ley 967 de 2005, en el que se autoriza –con reserva de Colombia– al acreedor para que directamente, sin intervención judicial, realice la garantía (tomar posesión del objeto gravado, venderlo, arrendarlo, cancelar su matrícula, etc.), posibilidad que se consideró contraria a la Constitución porque:

“...el hecho de que las medidas previas puedan ser ejercidas directamente por el acreedor, sin intervención judicial, implica un evidente riesgo para la preservación del principio de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.) y del debido proceso (Art. 29 ídem), así como un compromiso serio de la vigencia del orden justo (art. 2º) mediante la pérdida de efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Carta (art. 2º).” Y agregó:

“...una disposición que confiera a una de las partes la posibilidad de adoptar, sin intervención judicial, medidas tendientes a hacer efectivo el derecho del que dice ser titular, resulta contraria al principio de acceso a la administración de justicia de quien pudiendo alegar la vulneración de un derecho propio o, incluso, la existencia de un derecho prioritario, no puede oponerse a las medidas que por virtud de esa facultad pueden imponérsele. Para la Corporación, el hecho de que previamente el deudor haya autorizado las medidas que pueden ser adoptadas por el acreedor no sanea el inconveniente de la norma, pues, dicha autorización no excluye la posibilidad de que el acreedor, por fuera de los estrados judiciales, abuse de dichos poderes en un caso concreto de supuesto incumplimiento.

“Para la Corte, el ordenamiento constitucional en los aspectos que acaban de resaltarse impide la aplicación de las normas que excluyen al juez de la solución de posibles conflictos jurídicos entre el acreedor y el deudor. Por ello, considera indispensable que al ratificar el Convenio y el Protocolo que aquí se revisan, el Gobierno Nacional haga las declaraciones que el mismo Convenio autoriza en su



b. La segunda de ellas atañe a los casos en los que el fiduciario es una sociedad controlada por el acreedor-beneficiario.

En esta hipótesis se puede aducir que el fiduciario deja de ser, en estrictez, ese tercero autónomo e independiente que realiza la garantía, toda vez que según el artículo 26 de la ley 222 de 1995, que modificó el artículo 260 del C. de Co., “Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.”

Por tanto, si el “poder de decisión” de la sociedad fiduciaria está “sometido” al acreedor-beneficiario, existe, a nuestro juicio, un evidente conflicto de intereses que puede llegar a afectar el negocio fiduciario. No en vano la Corte Suprema de Justicia, en la mencionada sentencia de 14 de febrero de 2006, tras concluir que “la fiducia en garantía, rectamente entendida, no se erige o se roza con un pacto comisorio, pues la disposición de los bienes fideicomitidos y, en su caso, la entrega al acreedor en dación en pago, son actos que, *in concreto*, ejecuta un tercero autónomo e independiente”, puntualizó que “otras reflexiones, según el caso, podría llegar a ameritar la hipótesis en que la

artículo 54 relativas a la inaplicación de las normas que conceden al acreedor recursos de ejecución contra el deudor que no están subordinados a una acción judicial.”



fiduciaria es una sociedad controlada por el acreedor beneficiario”, evento del que ciertamente no se ocupó, aunque dejó ver su inquietud.

4. Las acciones judiciales previstas en el artículo 1238 del C. de Co.

Uno de los temas más controvertidos en el contrato de fiducia mercantil, es el que ataña a la interpretación del artículo 1238 del C. de Co. Según esta norma, “Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes. El negocio jurídico celebrado en fraude terceros podrá ser impugnado por los interesados.”

La polémica se ha focalizado en la acción que tienen los acreedores del fiduciante, cuando sus derechos surgieron con anterioridad al negocio fiduciario, tópico este en torno al cual la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina han esbozado, en lo fundamental, dos posturas diametralmente opuestas:

- a. Unos sostienen que se trata de la acción de fraude pauliano consagrada en el artículo 2491 del C.C.

Así lo afirman, entre otros, López Blanco, Rodríguez Azuero¹² y Peña Castrillón, quien señala que en dicho artículo se estableció “un remedio extremo, excepcional, que nada tiene de novedoso, pues

¹² Rodríguez Azuero Sergio, Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Bogotá, Legis, 2005, pp. 202 a 204.



a pesar de su defectuosa redacción es la reiteración de la *acción pauliana*, que no es ni de *simulación*, ni de *nulidad* sino, simplemente de *inoponibilidad*, con la consecuencia práctica de la revocación del acto impugnado en beneficio exclusivo del demandante y no de los demás acreedores del fiduciante.¹³ Al fin y al cabo, agrega López Blanco, “Es inaceptable pretender que puede el art. 1238 interpretarse como un tipificador de una acción ejecutiva directa contra el patrimonio autónomo, pues la norma no hace mención alguna a esa vía procesal y se limita a otorgar un derecho de persecución, que no de ejecución”, máxime si, en su criterio, “‘perseguir’ implica accionar utilizando la vía procesal adecuada de acuerdo con la índole de la pretensión.”¹⁴

Esta es la opinión acogida por el Tribunal Superior de Bogotá en auto de 15 de diciembre de 1997, en el que se acotó que,

“2.3 De otro lado, impera recordar que a los contratos de fiducia mercantil, por remisión expresa del art. 822 del C.Co., le son aplicables los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extinción, rescisión o anulación.

“2.3.1 En este orden, se estima que si, de un lado, el efecto propio de todo contrato legalmente celebrado es el de crear obligaciones y si, de otro, tales obligaciones no pueden desaparecer al mundo jurídico sino por el mutuo consentimiento de las partes contratantes o por causas legales (art. 1602 C.C.), no queda duda que siendo la fiducia mercantil un contrato de ejecución periódica o diferida, el ejercicio del derecho que le asiste a los acreedores del fideicomitente en la hipótesis prevista en el inciso 1º del art. 1238 del C. de Co, está fundamentalmente ligado a que, previos los trámites propios de un proceso ordinario y con fundamento en lo dispuesto en

¹³ Peña Castrillón, Gilberto, La Fiducia en Colombia, Bogotá, Ed. Temis, 1986, p. 61.

¹⁴ López Blanco, Hernán Fabio, La fiducia mercantil. Implicaciones procesales, Cartagena, febrero de 1993.



el num. 8º del art. 1240 ibidem, soliciten la terminación del respectivo contrato en orden a que cesen o se extingan inter partes las obligaciones nacidas del mismo.

“...”

“3. Por lo expuesto anteriormente, estima la Sala que la calificación jurídica del artículo 1238 del C. de Co, es que constituye una aplicación particular de la acción pauliana que tiene su fuente normativa en el art. 2491 del C.C.

“3.1 Dadas las características que identifican a la misma y que han sido objeto de reiterado criterio por nuestro máximo Tribunal, como que la acción es eminentemente ética o moralizada en razón a que va destinada a sancionar el fraude o mala fe de los deudores respecto de sus acreedores, sumado a la complicidad del tercero cuando el negocio jurídico fue celebrado a título oneroso, y que por ese hecho haya propiciado su insolvencia; ha de concluirse que necesariamente el acto impugnado con la acción debe haberle causado un perjuicio al acreedor, de donde deriva su interés para proceder; luego, no con ello cualquier acreedor estará legitimado para promoverla, sino aquél a quien verdaderamente le haya causado perjuicio el deudor insolvente.

“3.2 En consecuencia, darle curso a una acción pauliana contra un deudor que es solvente, esto es, que tiene suficientes bienes embargables por el acreedor, es proceder sin interés jurídico desde el punto de vista sustancial y procesal, y configurar un hecho constitutivo de obligaciones al colocarse ese acreedor en un claro abuso del derecho (Art. 830 C. Co.).”¹⁵

b. Otros, entre los que me incluyo, afirman que la acción de los acreedores anteriores es una acción ejecutiva.

¹⁵

M.P. Liana Aida Lizarazo Vaca.



Defienden esta postura, entre otros, Arrubla Paucar¹⁶ y Rengifo García, quienes sostienen que “es precisamente con la acción ejecutiva (personal, real o mixta) que se persiguen las acreencias insatisfechas. Es decir, tal como aparece la norma y respetando las palabras usadas por el legislador, los acreedores pueden perseguir los bienes mediante el trámite de un proceso ejecutivo sin que previamente haya necesidad de atacar la validez del negocio jurídico.”¹⁷

Este criterio fue expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 28 de abril de 2003, en la que se consideró que,

“Acción objetiva. El análisis del artículo 1.238 del código de comercio permite descifrar dos tipos de acciones. La primera de ellas, **la acción objetiva**, reposa en aquella parte de la norma que prescribe: “Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo”

“El segundo tipo de acción, **subjetiva** , en tanto se adentra en el concepto de fraude aparece en aquel segmento del artículo que dispone: “El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados.” Este tipo de acción que de manera general se otorga a **todos los terceros**, con abstracción de si son o no acreedores, no es la que ahora distrae la atención del Tribunal y por ello proponemos volver la mirada sobre la denominada acción objetiva.

“Considera el Tribunal que la acción que el código de comercio otorga a los acreedores, es objetiva en tanto inclusive llevaría al embargo mismo de los bienes sin indagar acerca del fraude o del concilio y menos sobre la suficiencia del patrimonio del deudor para cubrir las deudas.

¹⁶ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles, Contratos contemporáneos, T. III, Bogotá, 2005, Ed. Dike, pp. 119 y 120.

¹⁷ Rengifo García, Ernesto, La fiducia mercantil, Bogotá, 1998, Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 110



"El artículo que se viene glosando afirma en lo pertinente, mutatis mutandis, que los bienes objeto del negocio fiduciario sí pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante por acreencias que sean anteriores a la constitución del fideicomiso. La palabra perseguir, tomada en su sentido natural y obvio, no debe reducirse a la simple posibilidad de ejercicio de la misma acción pauliana. El verbo "**perseguir**" (artículo 1238), entendido no solo en su sentido natural y obvio, sino por definición legal (artículo 28 del C.C.), debe entenderse como embargar y secuestrar los bienes fideicomitidos y en el peor de los casos como el derecho a la aniquilación de los contratos celebrados por el deudor que participa como constituyente de una fiducia. El artículo 823 del código de comercio establece que el sentido de las palabras es el "el jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma". De conformidad con lo anterior, la palabra perseguir debe entenderse en el sentido del artículo 2488 del C.C. como ejecución que recae sobre los bienes del deudor. Igualmente el artículo 2383 del C. C. al establecer el beneficio de excusión de que goza el fiador define el derecho a que se "persiga la deuda de los bienes del deudor principal", antes de proceder contra aquel, beneficio que debe proponerse en el proceso ejecutivo en la oportunidad establecida en el Art. 511 del C.P.C., de la misma manera en el artículo 2452 del C.C. se concede al acreedor hipotecario el derecho de **perseguir** el bien hipotecado derecho que se ejerce en el proceso ejecutivo con título hipotecario como lo manda el artículo 554 del C.P.C. Pero sin ir más lejos, el propio código de comercio en las mismas reglas de la fiducia fija el alcance de la expresión **perseguir** que se emplea en el artículo 1348 del código de comercio para crear los derechos de los acreedores anteriores a la constitución de la fiducia. Así el artículo 1235 establece que el beneficiario tendrá el derecho a "**3. Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia o por obligaciones que no los afectan, en caso de que el fiduciario no lo hiciere**". Esta norma indica que hay obligaciones **que sí afectan** los bienes fideicomitidos y esas obligaciones son precisamente las existentes con anterioridad a la constitución de la fiducia, las que dan lugar a medidas preventivas o de ejecución. Bajo este entendimiento, el derecho a **perseguir los bienes**, es una acción objetiva que llevaría inclusive a medidas preventivas o de ejecución en las que no vale preguntarse por elementos subjetivos, tales como si hubo fraude en perjuicio de los acreedores o sobre la suficiencia patrimonial para cubrir las deudas, elementos estos que son propios de la acción pauliana que tan extraña resulta al artículo 1238 del C. de Co, en lo que atañe a los acreedores anteriores a la constitución de la fiducia. Concluye el Tribunal con la afirmación de que resulta un verdadero desaguisado asimilar la expresión "**perseguir los bienes**" empleada en el artículo 1238 del código de comercio, con el enunciado del artículo 2491 del código civil que autoriza a



los acreedores para reclamar **la rescisión de los contratos**. Decididamente, no es lo mismo perseguir los bienes, que rescindir los contratos.

"En suma, a juicio del Tribunal una variante razonable de interpretación daría lugar al embargo de los bienes fideicomitidos, pero sin llegar a una posición de esta naturaleza, ha de entenderse que la acción de los acreedores anteriores al acto de constitución de la fiducia está descrita en el numeral 8º del artículo 1240 según el cual el negocio fiduciario se extingue : " Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario". Según esta norma, conjugada con la regla del artículo 1238, el único caso en que es posible indagar por el concepto de fraude es en la hipótesis de acción ejecutada por los demás interesados y no en el de los acreedores investidos de la posibilidad de perseguir los bienes y dar lugar con ello a la extinción del negocio fiduciario."¹⁸

La misma Superintendencia Financiera ha aceptado esta tesis, al señalar en su Circular Básica Jurídica que "Los bienes fideicomitidos podrán ser perseguidos en cabeza del fiduciario por los acreedores del fideicomitente, empleando para ello la vía ejecutiva siempre que se trate de obligaciones adquiridas con anterioridad a la constitución de la fiducia. De igual forma es viable la acción pauliana cuando el negocio fiduciario se haya celebrado en perjuicio de los acreedores y medie mala fe de las partes, a lo cual hace referencia el inciso 2º. del artículo 1238 del C de Co." Pese a ello, en la misma Circular señala, en evidente imprecisión y sin reparar en las normas procesales sobre la materia, que "para el ejercicio válido de ese "derecho de persecución de los bienes fideicomitidos" de que trata el inciso 1º. del artículo 1238, los acreedores en cuestión deben acudir a la vía judicial para que se decrete la extinción o terminación del negocio fiduciario, toda vez que, precisamente, ese "derecho de persecución" -que tiene como materia propia un acto jurídico verdadero y completo, cual es un contrato de fiducia mercantil- tiene por finalidad permitirle a tales acreedores la satisfacción de sus créditos, la cual sólo se logra mediante la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente."

¹⁸ M.P. Edgardo Villamil Portilla, exp.: 1418. En el mismo sentido puede verse el auto de 29 de abril de 2003, con ponencia del Magistrado Jorge Eduardo Ferreira Vargas, exp.: 0264-02



Desde años atrás he defendido la segunda de dichas tesis¹⁹, por las razones que a continuación sintetizo y en las que no me detengo, pues se trata simplemente de hacer una presentación del problema:

- a. Porque si “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor” (C.C., art. 2488), es claro que el artículo 1238 del C. de Co. simplemente materializa ese derecho respecto de los bienes fideicomitidos.
- b. Porque no se pueden confundir el derecho de persecución y el derecho a impugnar. El primero tiene como objeto los bienes del deudor, mientras que el segundo recae sobre los negocios jurídicos celebrados por él. Aquel se erige en instrumento para la satisfacción del derecho crediticio, al paso que este procura la recomposición del patrimonio del deudor.
- c. Porque la acción reconocida a los acreedores del fiduciario, necesariamente debe ser la misma reconocida a los acreedores del beneficiario en la misma norma. Al fin y al cabo, en ambos casos se utiliza la expresión “perseguir”, sólo que aquellos la hacen efectiva sobre “los bienes objeto del negocio fiduciario”, en tanto que estos respecto de “los rendimientos que le reporten dichos bienes”. De allí que no se pueda sostener que el inciso 2º califica el 1º, puesto que tal suerte de entendimiento

¹⁹ Álvarez Gómez, Marco Antonio, La fiducia mercantil y el derecho de los acreedores sobre los bienes fideicomitidos. Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes, No. 12, Bogotá, 1993, pp. 110 a 125. Véase también la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 5 de agosto de 2002, exp.: 3619970363 03.



implicaría que el beneficiario, para ejercer su derecho, también tendría que ejercer la acción de fraude pauliano.

d. Porque, ello es medular, el artículo en cuestión simplemente reconoce que una persona no puede tener más de un patrimonio, razón por la cual no le es permitido dividir o escindir el suyo para limitar su responsabilidad frente a quienes son sus acreedores.

Aunque la fiducia implica la transferencia de los bienes al fiduciario, ya se vio que éste, en rigor, es un titular formal de la propiedad, no un propietario pleno. Por eso los bienes fideicomitidos no hacen parte de sus activos; por eso no integran la garantía general de sus acreedores; por eso conforman un patrimonio autónomo; por eso jamás puede adquirirlos en forma definitiva, por causa de la fiducia, y es por eso mismo que su particularísimo dominio es temporal. Más aún, memorase que es el fiduciante quien determina la finalidad del fideicomiso; que es a él a quien retornan los bienes al extinguirse el negocio fiduciario; que él puede revocar la fiducia, salvo pacto en contrario, al igual que reclamar su remoción, como si un tercero pudiera tener, en el caso de una verdadera propiedad, derechos de semejante talante.

Así no luzca conveniente, lo cierto es que “no puede desconocerse que, *mutatis mutandis*, ‘bajo ciertas condiciones y limitaciones’ subsiste una titularidad en el constituyente, ‘en cuyo patrimonio pueden considerarse, en ocasiones, los bienes fideicomitidos, los cuales, inclusive, pueden regresar a dicho constituyente’, como lo precisan las actas de la referida Comisión Redactora del Proyecto de



Código de Comercio de 1958²⁰, muy útiles para reconstruir la *intentio* del legislador mercantil”, según lo afirmó la Corte Suprema en la sentencia de 14 de febrero de 2006.

e. Porque son las propias normas sobre fiducia las que contribuyen a reafirmar que la acción de los acreedores anteriores es de naturaleza ejecutiva, y que, en tal hipótesis, no puede ser de fraude pauliano.

En cuanto a lo primero, obsérvese que el numeral 3º del artículo 1235 del C. de Co. le otorga al beneficiario el derecho a “oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia o por obligaciones que no los afectan...” (se resalta). En cuanto a lo segundo, destaca que el numeral 8º del artículo 1240 de la misma codificación, precisa que el negocio fiduciario se extinguirá “Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario”, efecto éste que no podría deducirse si se tratara de una arquetípica acción pauliana, dado que ella deja en vigor el contrato, sólo que se hace inoponible al acreedor victorioso.

f. Porque si bien es cierto que los acreedores anteriores del fiduciante son terceros frente al negocio fiduciario, a ello no le sigue que la única acción que se les concedió fue la impugnar el contrato. Como corresponde a toda excepción, el legislador, expresamente, les concedió también la de perseguir los bienes fideicomitidos. Por eso no existe lesión al principio establecido en el artículo 1602 del C.C.

Aunque la Corte Suprema de Justicia no se ha ocupado expresamente del tema, sí ha señalado que el fiduciario tiene una propiedad “formal”, “peculiar” o “particularísima”, pues no es un propietario

²⁰ Proyecto de Código de Comercio. Ob cit. T. II. Pág. 291.



pleno y mucho menos definitivo (sentencias de 3 de agosto y 21 de noviembre de 2005 y 14 de febrero de 2006), como se explicó en párrafos liminares. Incluso en la sentencia de 3 de agosto de 2005 precisó, sin tomar partido, cuál era el fundamento teleológico de la norma que le concedía una acción a los acreedores anteriores, al señalar que,

“Esa categoría de ser patrimonio autónomo no alcanza a desdibujarse en lo esencial por la circunstancia de que excepcionalmente los bienes fideicomitidos puedan ser perseguidos por los acreedores del fiduciante cuyas acreencias sean anteriores a la constitución del fideicomiso, lo que previó el legislador no tanto en desmedro de su configuración autónoma, cuanto para preservar derechos constituidos en el pasado respaldados en la confianza que para aquéllos representa el patrimonio del deudor como prenda general de sus obligaciones (artículo 1238 C. Co.)”.

Recientemente, en sentencia de 15 de julio de 2008, la Corte se ocupó del caso de la fiducia en garantía que se constituye sobre un bien que fue previamente hipotecado por el fiduciante, para aclarar que,

“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 fideicomitidos, a su vez gravados con hipoteca (artículo 554 del Código de Procedimiento Civil), en el *sub judice*, contra el patrimonio autónomo, por intermedio de su vocero, quien es el que lleva su personería (artículo 1234-4 del Código de Comercio).”²¹

²¹ M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar; exp.: 00579-01.



Desde luego que no es esta la hipótesis puntual de la primera parte del artículo 1238 del C. de Co., que, en todo caso, no distingue entre la clase de acreedor: si con garantía real o quirografario, siendo necesario admitir que en el caso de aquel la solución es más pacífica, por los atributos que acompañan al derecho real, más concretamente el de “perseguir – *he aquí nuevamente el verbo, en ilustrativa norma-* la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido.” (C.C., art. 2452). Pero es importante resaltar que en su fallo la Corte hizo explícito que en esa singular hipótesis no era necesario que el acreedor hipotecario impugnara previamente el negocio fiduciario por fraude pauliano, y que los bienes fideicomitidos podían ser cautelados en proceso de ejecución.

Ahora bien, no nos detendremos en la discusión que algunos plantean sobre la naturaleza de la acción de fraude pauliano prevista en el inciso 2º del artículo 1238 del C. de Co. –para unos idéntica a la prevista en el Código Civil, para otros especial, en cuanto a sus elementos y consecuencias jurídicas-, aunque no vemos razón jurídica válida para sustraerla del régimen previsto en el artículo 2491 del C.C., pues el artículo 822 del estatuto mercantil integra de manera directa esa disposición al Código de Comercio.

Nos interesa sí, precisar, que desde ningún punto de vista se puede sostener que los bienes objeto del negocio fiduciario son inembargables, so capa de haberse previsto en el numeral 13 del artículo 684 del C.P.C., que no pueden embargarse “los objetos que se posean fiduciariamente”, pues tal apuesta interpretativa evidencia una confusión entre la propiedad fiduciaria del Código Civil –esta sí excluida de cautela, pues, al fin y al cabo, el derecho de fiduciario está sometido a condición resolutoria, como se explicó-, y el contrato de fiducia mercantil contemplado en el Código de Comercio, al que hemos



prestado nuestra atención. Se trata de dos conceptos diametralmente opuestos, de modo que aplicarle a esta última una norma referida a la primera, constituye un desatino.

Tampoco se puede sostener que los acreedores anteriores necesariamente deben acudir a un proceso ordinario para obtener la extinción del negocio fiduciario, por haberse establecido este camino en la Circular Básica Jurídica, no sólo porque en ese punto la Circular simplemente incorporó un concepto de la Superintendencia Financiera, quien la expidió, sino también porque la facultad de instrucción que autoriza expedir ese tipo de actos administrativos dirigidos –por cierto- a las entidades sometidas a su vigilancia (E.O.S.F., art. 326 -num. 3, lit. a-), no habilita "para señalar la naturaleza y alcance de los contratos reglamentados en los códigos, ni para cercenar sus efectos jurídicos, ni para sustituir éstos por consideraciones de índole socio-económicas, por importantes que ellas sean", como lo puntualizó el Consejo de Estado en sentencia de 5 de marzo de 1999, expedida por su Sección Cuarta (exp: 8971).

Recapitulando, creemos que los acreedores anteriores al contrato de fiducia, en ejercicio de la acción que les reconoce la primera parte del artículo 1238 del C. de Co., pueden acudir al proceso ejecutivo para hacer efectivos sus derechos de crédito y, por tanto, obtener el embargo de los bienes fideicomitidos, siendo claro que con ese propósito deben dirigir su demanda contra el deudor fideicomitente y la fiduciaria, esta última como vocera o personera del patrimonio autónomo. Si dicha acción se hace efectiva, lo que se materializará cuando quede en firme la sentencia que ordene seguir adelante con la ejecución, el negocio fiduciario se extinguirá por mandato del numeral 8º del artículo 1240 del C. de Co.



CAPITULO 2

EL CONTRATO DE LEASING

Objetivos generales

- Establecer las principales características del contrato de leasing.
- Conocer algunos de los aspectos del leasing que más controversia han generado en los procesos judiciales.
- Profundizar en el conocimiento de un contrato que no tiene una regulación legal integral.

Objetivos especiales

- Resaltar la importancia de reconocer el leasing como un contrato atípico.
- Precisar las diferencias que existen entre el leasing y otros contratos como la compraventa, el arrendamiento, la opción, el mutuo, etc.
- Examinar el régimen jurídico que tienen las obligaciones de garantía y de saneamiento en el contrato de leasing.
- Conocer las principales características del contrato de lease-back y la incidencia que tienen en su celebración y ejecución los conceptos de negocios coligados y lesión enorme.
- Conocer la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a dichos problemas jurídicos.



EL CONTRATO DE LEASING

Aspectos generales:

El leasing es un negocio jurídico en virtud del cual una sociedad le entrega a una persona la tenencia de un determinado bien productivo, para que lo use y obtenga provecho de él, a cambio de una renta periódica que se determina, principalmente, en función del goce concedido y de la amortización de su costo de adquisición, en el que, además, se le confiere al locatario o usuario, quien debe hacer restitución al vencimiento del plazo acordado, la opción ejercitable en ese mismo momento de adquirir la propiedad, mediante el pago de una suma de dinero establecida desde un comienzo por las partes.

Para evitar equívocos, es útil distinguir el leasing del contrato de renting, en el que no se le concede al tenedor la opción de adquirir el dominio del bien al finalizar el contrato. De igual forma es necesario diferenciar el leasing operativo del leasing financiero, puesto que en el primero el contrato lo celebra el fabricante del bien o su propietario, mientras que en el segundo la sociedad de leasing, que necesariamente debe estar autorizada para adelantar ese tipo de operaciones, obra como un intermediario que adquiere el bien previamente escogido por el locatario o usuario. En ambas hipótesis, por supuesto, se le concede a éste la opción de adquirirlo a la terminación del negocio jurídico, como es inherente a todo leasing.



Es este un contrato que tiene como características sobresalientes las de ser nominado, autónomo, bilateral, oneroso, comutativo, consensual y de trato sucesivo, pero ante todo, atípico, particularidad esta que ha generado no pocas dificultades en el quehacer judicial, máxime si a la ausencia de un régimen legal, se aúna la escasa jurisprudencia sobre dicho contrato.

Aspectos controversiales:

1. La atipicidad y la autonomía del leasing.

El leasing es un contrato nominado, pues en el ordenamiento jurídico se le ha dado una nomenclatura. Sin embargo, que diversos estatutos se refieran a él (Orgánico del Sistema Financiero, Tributario, Decreto 913 de 1993, entre otros), no significa que tenga una regulación integral, por lo que su disciplina jurídica está dada, en su orden, por las normas imperativas aplicables a todo negocio jurídico, las estipulaciones acordadas por las partes, las normas supletivas sobre obligaciones y contratos, la costumbre y las reglas del contrato típico que más se le asemeje.

Así lo han entendido la doctrina y la jurisprudencia, la cual, tras resaltar la atipicidad del contrato de leasing, se ocupó de diferenciarlo de otros negocios jurídicos con los que se le ha querido identificar, como el arrendamiento –denominación a la que no pocas veces acuden varios cuerpos normativos y lo hizo, incluso, la jurisprudencia del Consejo de Estado²²–, lo que sin duda ha provocado no pocas confusiones.

²² Sentencia de 14 de diciembre de 1988.



A este respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 13 de diciembre de 2002, precisó que,

"Desde luego que esa atipicidad tampoco se desvanece por su semejanza con negocios jurídicos reglamentados –o disciplinados, en lo estructural-, pues, se sabe, "la apariencia formal de un contrato específicamente regulado en el C.C. no impide descubrir que por debajo yace un contrato atípico"²³, categoría dentro de la cual se subsumen, incluso, aquellas operaciones "que implican una combinación de contratos regulados por la ley"²⁴ (Cfme: G.J. LXXXIV, pág. 317 y cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817).

"..."

"No escapa a la Sala que la doctrina nacional e internacional, ha discurrido entre diversas tipologías contractuales, a la hora de precisar cuál es la naturaleza jurídica del leasing, al punto que éste, en el plano dogmático, es uno de los tópicos más controversiales de la ciencia mercantil contemporánea. Así, sólo por vía de ejemplo, se ha considerado que se trata de un arrendamiento, habida cuenta que, en lo medular, el contratante entrega al usuario la tenencia del bien para su uso y goce, a cambio de un precio; o de un arrendamiento *sui generis*, en la medida en que posee una fuerte naturaleza financiera; o de equipamiento-arriendo, en cuanto reservado –fundamentalmente- para proveer de equipo a la industria y el comercio, entre otras razones; o una compraventa a plazos con reserva de dominio, toda vez que la sociedad de leasing conserva la propiedad del bien que ha adquirido por instrucciones del tomador, quien podrá hacerse a ese derecho al finalizar el contrato; o como un contrato de crédito, pues la compañía financiera, en últimas, adelanta el capital al adquirir el bien escogido por el usuario del equipo. Y, en fin, se ha querido ver en él una suerte de negociación compleja –o articulada -, en el que conviven, de alguna manera, diversos negocios jurídicos: el arrendamiento con la opción de compra –o con una promesa unilateral de venta, precisan algunos-, sobre la base de que el arrendador le concede al locatario el derecho de adquirir el bien arrendado, al terminar el contrato (Consejo de Estado. Sent. de 14 de diciembre de 1988; exp: 1661); o el contrato de locación con la compraventa, que es una variante de la anterior, en cuanto las partes, al finalizar

²³ Jaime Santos Briz. Los Contratos Civiles. Nuevas Perspectivas. Granada. Comares. 1992. p. 327.

²⁴ Alberto Spota. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. V.1. Buenos Aires. Depalma 1981. p. 199.



el arrendamiento, podrían ajustar una venta en la que se imputaría al precio una parte de los cánones previamente percibidos.

".."

"Así, aunque el leasing y el arrendamiento son contratos en virtud de los cuales se entrega la tenencia, el precio que se paga por ella en el primero responde a criterios económicos que, en parte, difieren de los que determinan el monto de la renta (p. ej.: la amortización de la inversión y los rendimientos del capital), sin que tampoco sea propio del contrato de locación, como sí lo es del leasing, la existencia de una opción de compra a favor del tomador, quien, además –ello es medular en la esfera reservada a la causa negocial-, acude a éste último negocio como una legítima alternativa de financiación, a diferencia de lo que acontece en el arrendamiento, en el que milenariamente la causa del contrato para el arrendatario, estriba en el disfrute de la cosa. De igual forma, si bien es cierto que en el leasing, el usuario tiene la lícita opción de hacerse a la propiedad de la cosa (*posteriorius*), es enteramente posible que no lo haga y que, por tanto, al vencimiento del contrato restituya la cosa a la compañía, circunstancia que impide su generalizada asimilación a la compraventa –sobre todo *a priori*-, la que además, tiene confesada vocación de "transferir" el dominio, no así el leasing que, en línea de principio, únicamente permite obtener la tenencia, como se acotó (negocio tenencial). En este mismo sentido, no puede afirmarse que el leasing se asimila o se traduce en un mutuo, como quiera que ni es contrato traslaticio del dominio, mucho menos de naturaleza real, ni tampoco recae sobre bienes fungibles (Cfme: cas. civ. de 22 de marzo de 2000; exp: 5335).

"Similares razones conducen a no acoger aquellas posturas que acoplan o engastan en el leasing, a modo de *collage*, diversos negocios jurídicos (pluralidad negocial, tales como arrendamiento con opción de compra; compraventa con pacto de reserva de dominio, entre otras), habida cuenta que a través de ese expediente, *in radice*, se desdibujan las razones jurídico-económicas que, en la órbita causal, motivan la celebración del contrato, pues, de una parte, no puede afirmarse categórica y privativamente que el usuario en el leasing siempre aspira a hacerse a la propiedad de la cosa, según se esbozó; más bien, se ha procurado –en sentido amplio- un mecanismo indirecto de financiación para servirse de la utilidad que le es intrínseca a aquel, sin menoscabo del capital de trabajo que posee, conforme a las circunstancias. De igual forma, no puede perderse de vista que la determinación del precio en el contrato de leasing, tiene una fisonomía muy especial, que no responde única y exclusivamente al costo por el uso y goce concedido al arrendatario, sino que obedece, prevalentemente, a criterios financieros que van



desde la utilidad propiamente dicha, pasando por la recuperación de la inversión, hasta la eventual transferencia del derecho de propiedad.”²⁵

El problema, como se descubre fácilmente, no es de poca monta si se considera que la determinación de la naturaleza jurídica del contrato repercutirá en la definición de las controversias que se susciten entre la sociedad de leasing y el locatario. Así por ejemplo, calificar dicho negocio como un arrendamiento al que se le apareja una opción de compra, tiene incidencia para la aplicación de ciertas disposiciones, como las relativas a las reparaciones que debe hacer el arrendador, a las causales de terminación del contrato, o a la manera de cuantificar el precio o la cláusula penal y, dado el caso, el valor de adquisición del bien, si el usuario decide ejercitar la opción que se le concede, evento en el que el precio de compra es muy inferior a su costo real, a su justo precio, precisamente porque de una u otra forma el locatario ha venido amortizándolo al pagar las rentas periódicas, sin que, ello es medular, por el hecho de no hacer uso de la opción pueda pedirle a la leasing la devolución de esas sumas de dinero.

Se advierte, entonces, la repercusión que tendría calificar el leasing como una compraventa con reserva de dominio, o como una promesa unilateral de venta, a lo que se agrega que todas esas posturas, por respetables que sean, de alguna manera desconocen las razones que justifican la operación de leasing financiero.

Por tanto, en toda controversia que roce con el contrato de leasing, es preciso aceptar su carácter autónomo y atípico, por lo que, en principio, no puede asociársele directamente a otros negocios jurídicos, por similares que sean, sino que deben atenderse, con estrictez, las reglas llamadas a establecer el marco jurídico que debe disciplinar un contrato atípico.

²⁵ M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; exp.: 6462



2. La responsabilidad de la sociedad de leasing por defectos de calidad o vicios ocultos del bien objeto del contrato.

El problema que enfrentan los usuarios del leasing puede resumirse de la siguiente manera: cuando el bien cuya tenencia reciben presenta un defecto de calidad o se revela un vicio que había permanecido oculto, se dirigen a la sociedad de leasing para que adopte los correctivos pertinentes o, según el caso, la convocan a juicio en ejercicio de las acciones que la ley otorga para tales eventos. Normalmente, la leasing rechaza la reclamación y se opone a la demanda, alegando que no tiene responsabilidad por esos hechos, pues obra como un simple intermediario y, además, en el contrato fue eximido de esos débitos, a lo que añade que es el proveedor del bien el que debe honrar la garantía o acudir al saneamiento. Sin embargo, cuando el locatario requiere o demanda con ese propósito al proveedor, este le responde que no celebró ningún contrato con él, pues su comprador fue la sociedad de leasing.

Si se miran bien las cosas, esta controversia es propia del leasing financiero, en el que, ciertamente, la sociedad de leasing funge como intermediario en el proceso de adquisición del bien. En general, no podría presentarse en el contrato de leasing operativo, por cuanto se ajusta respecto de bienes fabricados por aquella o de su propiedad, como se refirió en líneas anteriores.

En lo que respecta a la garantía mínima presunta regulada en el Decreto 3466 de 1982, más conocido por Estatuto del Consumidor, el problema fue resuelto con la declaración de exequibilidad condicionada que hizo la Corte Constitucional de su artículo 11, en el que se establece que, "Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta... recae directamente en los proveedores o



expendedores...”, puesto que dicha Corporación consideró que la norma debía entenderse sin perjuicio “de que el consumidor o usuario también pueda exigir de manera directa del productor el cumplimiento de las garantías de calidad y el pago de los perjuicios por concepto de los daños derivados de los productos y servicios defectuosos.”²⁶

Se les concedió así a los consumidores una legitimación extraordinaria para accionar contra el productor del bien defectuoso, pese a que entre ellos no existe vínculo contractual.

Sin embargo, tal pronunciamiento no resolvió en forma definitiva el problema planteado, no sólo porque se circunscribió al tema de la garantía mínima presunta, que es apenas una expresión de la obligación de garantía establecida en los artículos 931 a 933 del C. de Co. y, claro está, diferente de la obligación de saneamiento por vicios redhibitorios a la que se refieren los artículos 934 a 938 de esa codificación, sino también porque no todos los usuarios del leasing pueden considerarse consumidores, ni todos los proveedores productores.

Para ponerle fin a esa dificultad que enfrentan los locatarios, la Corte Suprema de Justicia, en la referida sentencia de 13 de diciembre de 2002, puntualizó que en el contrato de leasing financiero era válida la cláusula de exclusión de responsabilidad de la sociedad leasing, en lo tocante a las obligaciones de garantía y de saneamiento por vicios ocultos, a condición de que ella le cediera al locatario las acciones respectivas frente al proveedor. Las siguientes fueron las razones de la Corte:

²⁶ Sentencia C-1141 de 30 de agosto de 2000.



- a. En primer lugar, en el leasing financiero la sociedad de leasing obra como un arquetípico intermediario en el proceso de adquisición del bien, pues es el locatario quien lo selecciona y escoge el proveedor.

"... la compañía del leasing, es la regla, se sitúa al margen de la escogencia del bien, la cual se verifica en función de las necesidades de quien habrá de ser contratista, quien determina –*ex ante*- sus características, funcionalidad, e incluso el proveedor mismo, según se delineó²⁷. En tal virtud, la adquisición del bien por parte de la sociedad de leasing, de ordinario, se hace en atención a esos requerimientos específicos del cliente; a las indicaciones o señalamientos que previamente le han sido dados por él, de suerte que para la futura contratante, la causa inmediata para hacerse a la propiedad de la cosa, radica en la ulterior celebración del contrato de leasing –propriamente dicho- (negocio jurídico de aprovisionamiento). Ese, precisamente, es el móvil que explica la prenotada adquisición, la que se realiza, únicamente, en función de la celebración del contrato en comento, en consideración, huelga acotarlo una vez más, a que la entidad, *motu proprio*, no se convierte en propietaria para disfrutar directa y personalmente de la cosa, sino para permitirle a otro tal disfrute (negocio tenencial -y eventualmente dominical-). Esa es la *ratio* de su actividad comercial y, por contera, la explotación ordinaria de su objeto social (art. 20 numeral 2º C. de Co.)

"Expuesta así la teleología del leasing financiero, su razón de ser, es apenas lógico que, dadas estas características, de suyo connaturales a este tipo individual de negocio, la sociedad de leasing, no obstante ser la propietaria del bien; de haberse desprendido de la tenencia para facilitar el uso y goce y de otorgar una opción –futura- de compra al usuario o tomador del contrato, según se subrayó, no está llamada –de ordinario- a responder por los defectos de calidad que presente la cosa, así como de los vicios o defectos ocultos que la hagan impropia para el fin perseguido por el usuario o que afecten la destinación que le es inherente, habida cuenta que ella, de una parte, no tuvo en la operación descrita, ninguna participación o

²⁷ La Convención sobre leasing financiero internacional –de UNIDROIT-, celebrada en Ottawa el 28 de mayo de 1988, precisa en su artículo 2º como característica de este contrato, que es "...el arrendatario –*el que*- especifica el equipo y selecciona el proveedor, sin basarse en la destreza y criterio del arrendador".



incidencia en la escogencia del bien y del proveedor y, de la otra, porque el rol que asumió fue el de simple dispensador de los recursos necesarios para la adquisición de aquél, con el fin de poder celebrar el contrato de leasing. Tales, entonces, las razones medulares por las cuales la compañía de leasing, en el contrato en cuestión, no asume, en línea de principio rector, el riesgo técnico de la cosa, ni, por ende, una responsabilidad personal por tal concepto, conclusión ésta a la que, con rotundidad, también se ha arribado en otras naciones y modelos."

b. En segundo lugar, si la leasing es un intermediario, debe, entonces, obrar de conformidad con esa calidad, por lo que, de una parte, deberá informar al usuario de esas específicas particularidades del contrato al que adhiere –como lo impone el principio de transparencia negocial-, y de la otra, desprenderse de unas acciones contractuales que, en rigor, no le pertenecen, por lo que deberá cederlas al locatario, como verdadero interesado en ellas, para que adquiera una legitimación contractual frente al proveedor.

"Expresado de otro modo, así como es tolerada en el contrato que ocupa la atención de la Corte –que no en todas las demás modalidades- la exclusión de responsabilidad de la compañía de leasing por los defectos de calidad y por los vicios redhibitorios –como se examinó-, igualmente resultaría plausible, así como a tono con lo señalado en líneas que anteceden, la estipulación de cesión a favor del tomador, de los derechos que tiene dicha sociedad frente al proveedor, en relación con tales vicisitudes. Así se preservarían incólumes y se harían efectivos, los grandilocuentes principios de equilibrio negocial y equidad contractual, de forma tal que la exoneración –o ausencia- de responsabilidad de la compañía de leasing, en el tópico que se analiza, estaría ligada –correlativamente e *in abstracto*- a la transferencia al tenedor, en forma coetánea al negocio jurídico de leasing, o con posterioridad a él, de los derechos y acciones que ésta tiene –como adquirente- contra el proveedor o productor, derivados de la infracción de la garantía o de la obligación de saneamiento por vicios ocultos, con el confesado propósito de que el tomador no quedare negocialmente desprotegido y pudiera válidamente legitimarse en las reclamaciones que le formule a aquellos."



Así las cosas, puede afirmarse que en el leasing financiero propiamente dicho, la sociedad de leasing no es responsable por los defectos de calidad y por los vicios ocultos que presente el bien, pero deberá, en todo caso, hacer cesión al locatario de las acciones contractuales que se le reconocen como comprador, para que pueda ejercerlas frente al proveedor. Si no procede de esta manera, podrá ver comprometida su responsabilidad.

No ocurre lo mismo en el caso del leasing operativo o en aquellos negocios en los que la sociedad de leasing hizo la elección o circunscribió la escogencia del locatario a un determinado proveedor, hipótesis en las que ella debe responder por los defectos de calidad y por los vicios redhibitorios, en los términos que señale la ley, sin que pueda admitirse la cláusula de exclusión de responsabilidad, dados los perfiles que tiene dicho contrato.

3. La lesión enorme en el contrato de leasing

Se sabe que la lesión enorme es una institución que sólo tiene cabida en los casos expresamente previstos en la ley –tema que ya ofrece una importante discusión-, entre los que se encuentra el contrato de compraventa de inmuebles, que puede ser rescindido por esa causa (C.C., arts. 1946 y ss.).

También es conocido que en el leasing inmobiliario, la sociedad de leasing le entrega al locatario, a cambio de una renta periódica, la tenencia de un inmueble en cuyo proceso de construcción aquella intervino, o que adquirió, previa selección del usuario, quien tiene la opción de comprarlo al vencimiento del plazo de duración del contrato. Incluso, en su modalidad de lease-back o leasing de retorno, el usuario fue el proveedor, como que era el dueño del inmueble que le transfirió –a título de



compraventa- a la leasing para que esta, en virtud de ese otro y ulterior negocio jurídico, le entregara la tenencia, con la particularidad de que el contrato de leasing no podía celebrarse sin que previamente la sociedad de leasing adquiriera la propiedad del predio y, además, pagara de contado su precio, según lo dispone el artículo 3º del Decreto 913 de 1993.

La controversia se ha suscitado a propósito de demandas en las que el vendedor-locatario pide que se rescinda la venta por haber sufrido lesión enorme, dado que el precio fue inferior a la mitad del justo valor del inmueble, hipótesis que puede presentarse porque desde una perspectiva meramente económica, el lease-back es un contrato que, por regla general, celebra un empresario que requiere recursos de capital para la operación de su empresa, que quiere sacarle provecho a uno de sus activos fijos, pero del cual no puede prescindir materialmente, y que no quiere o no puede acudir a otros mecanismos de financiación, por lo que le transfiere la propiedad a la sociedad de leasing, sin perder la tenencia, por un precio que generalmente está determinado por los recursos monetarios que necesite, para luego recuperar el dominio al ejercer la opción de compra, cuyo precio también se fija en función del valor por el que se le vendió a la leasing. Al fin y al cabo su interés, en estrictez, no es vender, sino finanziarse, así como el de la leasing no es, en rigor, comprar, sino suministrar los dineros requeridos por el futuro locatario, de suerte que apreciada la operación desde la descrita faceta, no se vería la razón para que se fijara como precio de la venta una suma superior a las necesidades de capital, si es que estas son menores al justo precio del inmueble, dado el obvio incremento de los costos financieros.

Sin embargo, una primera aproximación al problema permite advertir que no es apropiado, cualquiera que sea el ángulo desde el que se le mire, acudir al lease-back para obtener unos recursos de capital inferiores al justo precio del inmueble, máxime si en el escenario jurídico y financiero existen otro tipo



de contratos para acceder al crédito. El justo valor de la cosa se erige, entonces, en una frontera legal, económica y moral para materializar ese tipo de contratos de leasing. Si no existiera ese valladar, el leasing de retorno constituiría un expediente para que la sociedad de leasing se hiciera al dominio de inmuebles por un precio injusto, en el que el vendedor-usuario, pese a la opción de compra que se le concede –ciertamente en función del precio de adquisición inicial-, podría perder definitivamente un valioso activo para su empresa, si quebranta una cualquiera de las obligaciones que tiene como locatario, con fundamento en la cual la leasing podría reclamar la terminación del contrato.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre esta problemática en sentencia de 25 de septiembre de 2007, para concluir que sí era posible rescindir la compraventa por lesión enorme, pese a la estrecha relación que existe entre ese contrato y el lease-back. Las siguientes fueron sus razones:

a. La compraventa que celebran el futuro locatario y la sociedad de leasing para poder celebrar ulteriormente el contrato de leasing, no se incorpora, desvanece o diluye en este último, por lo que no se puede afirmar que se trata de un único negocio jurídico. En el leasing de retorno existen dos contratos claramente identificados: la compraventa y el leasing inmobiliario.

"Se trata, pues, de un claro caso de conexidad contractual, por cuanto ambos negocios jurídicos se justifican recíprocamente, en la medida que es con miramiento en el leasing que el futuro usuario vende y que la sociedad de leasing compra, lo que, al tiempo, determina que en unas mismas personas converjan distintas calidades por razón de las obligaciones que despuntan de uno y otro contratos: vendedor, tradente y usuario, por un lado, comprador, adquirente y leasing, por el otro.

"Estos y otros claros vasos comunicantes, demuestran la estrecha y acerada relación que existe entre el contrato de aprovisionamiento y el contrato de "lease back", al punto de poderse afirmar que uno y otro



son negocios jurídicos intercomunicados, pues no obstante preservar su propia arquitectura y mantener el régimen jurídico que les corresponde, se encuentran entrelazados funcionalmente, en la medida en que la institución financiera no adquiriría el bien, ciertamente, sino fuera por el contrato de leasing que sobre él va a celebrar, ni el candidato a usuario vendería, de no ser porque mantendrá la tenencia a ese título, ni, en fin, podría ajustarse esa modalidad de leasing, si la venta llegare a faltar²⁸. Ello, sin embargo, no afecta la autonomía de cada uno de dichos tipos negociales, como se anotó en precedencia, así, *lato sensu*, se persiga una sola operación económica, lo que es enteramente diferente.

"Se impone, por tanto, reiterar que la "operación de leasing financiero" y, por reflejo, la del 'lease back', son supuestos o hipótesis de contratos coligados o conexos, con todo lo que ello implica, en especial, la total autonomía de cada uno de los que sirven a ella, se itera, la compraventa, por medio de la cual la entidad financiera adquiere el bien, y el leasing propiamente dicho, que permite la entrega de su tenencia al locatario²⁹.

"..."

"Por consiguiente, que la sociedad de leasing haya adquirido el inmueble en interés y a instancia de la demandante, o que el "lease back" se haya ajustado como consecuencia de una operación económica

²⁸ En relación con este aspecto, la tratadista ibérica Leonor Aguilar Ruiz, señala que "De entre los criterios que se manejan para determinar la existencia de contratos coligados, el TS acoge la de la *funcionalidad* como nexo de unión entre la compraventa y la cesión de uso que supone el 'leasing', considerando en sus Sentencias de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6487), 26 de junio de 1989 (RJ 1989, 4786) y 22 de abril de 1991 (RJ 1991, 3017) que la interrelación entre ambos acuerdos deriva de que el primero de ellos 'permite que el segundo pueda desarrollarse o cumplir su función'". La doctrina de los contratos vinculados en la jurisprudencia: la conexión funcional entre el contrato de arrendamiento financiero o 'leasing' y la compraventa del bien arrendado, en Revista de derecho patrimonial, No. 4, Sevilla, 2000, pág. 177.

²⁹ Al respecto, preciso es señalar que la doctrina, en general, es coincidente en reconocer que la operación de leasing financiero es ejemplo de conexidad contractual entre la compraventa y el arrendamiento financiero, en sí mismos considerados. Cfme: Ana López Frías, Los contratos conexos, Op. cit., págs. 116 y ss.; Christian Larroumet, Teoría general del contrato, Vol I, Op. cit., págs. 376 y ss.; María del Carmen García Garnica, El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España, Op. cit., pág. 180.



compleja de la que –a manera de eslabón- hace parte la venta, no permite sostener que el contrato de aprovisionamiento, *per se*, se subsume en el contrato de leasing, como si indefectiblemente hubiere un sólo negocio jurídico, pues una cosa es reconocer el indiscutido ligamen o conexión (negocios coligados o conexos) que existe entre esas dos relaciones jurídicas contractuales y otra, bien diferente, por lo demás, hacer de ellas una mezcla, compuesto o amalgama negocial, que desconocería la función que cada negocio cumple dentro del contexto económico de la operación y, por sobre todo, la naturaleza jurídica de cada contrato, de los que se desprenden obligaciones diversas, aunque complementarias.”³⁰

b. Si los contratos de compraventa y de leasing inmobiliario son autónomos, pese a su evidente conexidad, el precio de aquella no puede confundirse con el precio de éste. La circunstancia de ser contratos coligados no impide que cada negocio jurídico, individualmente considerado, sea disciplinado por las normas jurídicas que le corresponden, entre las que se encuentran las relativas a la determinación del precio.

“... tampoco cabe sostener, como lo hace la censura, que en el leasing de retorno, no existe un verdadero precio de compra por parte de la institución financiera, sino un precio del leasing propiamente dicho, afirmación que tiene como manantial, justamente, la pretensión de querer ver un solo contrato donde en realidad existen dos, como se ha venido explicando. Que la compraventa que precede al “lease back” tiene entidad propia y autogobierno, sujeta –por tanto- al régimen previsto para ella, lo patentiza el Decreto 913 de 1993, en cuyo artículo 3º, literal c), relativo a esa modalidad contractual, expresamente se señala que “el valor de compra del bien objeto del contrato deberá cancelarse de contado” (se subraya). Y si ello es así, resulta claro que el precio de compra por parte de la sociedad de leasing al futuro usuario, no es –ni puede ser- figurado, aparente o simulado, como lo sugiere el censor, sino cierto, serio y real, pues no de otra manera podría hablarse de pago. Es más, se trata de un precio que debe fijarse en función del bien que es materia de venta, por lo que debe ser proporcionado a su valor, para no desvanecer la commutatividad inherente a esa especie de contrato, de suerte que no puede ser exiguo, como para ameritar el calificativo de irrisorio, ni injusto, como para generar lesión enorme. Por lo mismo, no puede estar determinado por el valor del leasing, tanto más si se considera que el precio de uno y otro contratos, obedece a factores disímiles.

³⁰ M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; exp.: 00528-01



“En este sentido, cabe destacar que no es posible confundir el precio de la compraventa, con el precio del “lease back”, como quiera que cada uno –en la esfera teleológica- responde a finalidades diferentes: el de compra –en el caso sometido al escrutinio de esta Sala- es el equivalente al valor del terreno recibido por la demandada; el del leasing, como se apuntó, al valor de uso y goce por parte del usuario, a la amortización del costo del predio y a la ganancia esperada por la entidad financiera, entre otras variables. De la misma manera, tampoco procede confundir el precio del leasing, con el de la venta que en su momento, según las circunstancias, le haga la entidad financiera al usuario que ejercite la opción de compra al terminar dicho contrato, pues ese postrer negocio jurídico, que en cierta forma clausura la operación económica, también goza de autonomía de cara al “lease back”, no obstante los indiscutidos lazos que existen entre ellos, al punto que para la determinación de la justicia del precio de compra por el usuario, no sólo deberá mirarse el valor de la opción, sino también la parte de aquél que fue amortizada durante la vigencia del leasing³¹, teniendo en cuenta, claro está, que el justo precio –en esta específica hipótesis- se refiere al tiempo en que se celebra el leasing, pues es en ese instante en que se precisan las condiciones económicas de la eventual adquisición, por parte del usuario.”

c. La rescisión de la venta necesariamente repercute en el contrato de leasing, justamente por tratarse de contratos coligados, pero ello no impide que se materialice el derecho del vendedor reconocido en los artículos 1946 y siguientes del Código Civil.

Por tanto, si la rescisión del contrato de compraventa por causa de lesión enorme, se pronuncia contra la sociedad de leasing, como compradora del inmueble, podrá ella perseverar en el contrato o consentir la rescisión. Pero de ser lo primero, no puede perderse de vista que la suma que le entregue al vendedor para completar la diferencia con el justo precio, deducida una décima parte, debe

³¹ No es casual, por tanto, que el Estatuto Tributario, al ocuparse del tema de la utilidad en la enajenación de inmuebles, hubiere previsto que “Cuando se trate de inmuebles adquiridos mediante contratos de arrendamiento financiero o leasing, retroarriendo o lease back..., el costo de enajenación para el arrendatario adquirente será el de adquisición, correspondiente a la opción de compra y a la parte capitalizada de los cánones, más las adiciones y mejoras, las contribuciones de valorización pagadas y los ajustes por inflación, cuando haya lugar a ello”.



forzosamente reflejarse en el contrato de leasing, bien en el monto de los cánones periódicos que debe cancelar el locatario, bien en la cuantía de la opción de compra, con los costos financieros respectivos, dadas las razones que expresamos sobre la naturaleza de este tipo de leasing. Y de ser lo segundo, el contrato de leasing indefectiblemente terminará, pues no puede existir un leasing sobre bienes que no sean de propiedad de la sociedad; en este evento, el contrato deberá liquidarse sin perjuicio para ninguna de las partes, por lo que, por vía de ejemplo, la leasing debe devolver el precio inicialmente recibido, pero no los cánones causados, habida cuenta que la terminación de un contrato de trato sucesivo, cualquiera que sea la causa, sólo tiene consecuencias hacia el futuro, sin que los efectos retroactivos de la rescisión puedan comunicársele o extendérsele, en la medida en que ellos apuntan exclusivamente a la venta y no al leasing propiamente dicho, dado que este negocio jurídico no está afectado de invalidez; cosa distinta es que por causa del coligamento, la rescisión de la compraventa constituya un impedimento para la continuidad del contrato. Creemos que extender los efectos *ex tunc* de la rescisión al leasing, pasaría por alto que en los negocios coligados debe respetarse, en lo posible, la autonomía de cada contrato.

Por supuesto que si es el vendedor locatario el que soporta la rescisión por lesión enorme (hipótesis de rara presentación), los efectos serán similares si él consiente en ella, con la particularidad de ser él quien debe devolver el precio que recibió. Pero si decide perseverar en el contrato, la restitución de la parte del precio recibida en exceso igualmente implicará modificar los términos del contrato de leasing, puesto que este se estructuró sobre la base de una cifra muy superior a la que correspondía.



Resta decir que el juez que pronuncie la rescisión debe igualmente señalar, aún de oficio, los efectos de su fallo en lo que atañe al contrato de leasing, para el caso de consentirse en ella, puesto que se trata de una consecuencia inherente a esa decisión.

CAPITULO 3

EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

Objetivos generales

- Resaltar las características del contrato de agencia comercial.
- Delimitar la noción de agencia mercantil frente a otros negocios jurídicos.
- Brindar elementos de juicio que permitan resolver algunos de los problemas jurídicos que más se presentan en procesos judiciales sobre agencia comercial.

Objetivos especiales

- Establecer los elementos que singularizan la labor de un agente comercial
- Precisar las diferencias entre la actividad desplegada por un agente mercantil y la que desarrollan otro tipo de intervenientes en el mercado.
- Examinar las prestaciones económicas que se pueden generar al terminar el contrato de agencia.
- Explorar las diferentes posturas que se han expuesto en torno a la renunciabilidad de la llamada cesantía comercial y la indemnización por terminación injusta del contrato.
- Conocer la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a dichos problemas jurídicos.



EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

Aspectos Generales

La agencia mercantil es un contrato que se ajusta entre comerciantes o empresarios, en virtud del cual uno de ellos, como agente, se encarga de promover o explotar el negocio del otro –agenciado- en forma estable e independiente, en una zona previamente fijada dentro del territorio nacional, como representante, fabricante o distribuidor de uno o varios de sus productos.

Algunas de las principales características de este contrato son las siguientes.

a. Es un contrato de duración, pues así lo impone la naturaleza del encargo mismo, cual es la de promover o explotar los negocios de otro comerciante, para lo cual el agente debe crear o desarrollar una actividad empresarial que le permita cumplir con la tarea encomendada. Por eso el artículo 1317 del C. de Co precisa, para que no quede duda, que el agente asume el encargo “de manera estable”.

Sobre ese particular la Corte Suprema de Justicia ha señalado que,

“La estabilidad, que es la característica que interesa para el caso sub examine, significa continuidad en el ejercicio de la gestión, excluyente, por ende, de los encargos esporádicos, ocasionales o eventuales. Razones de orden público económico, pero también de linaje privado,



justifican y explican esta particularidad, porque al lado de la importancia de la función económica de esta clase de intermediación, aparecen los intereses particulares del agente, quien por virtud de la independencia que igualmente identifica la relación establecida con el agenciado, se ve obligado a organizar su propia empresa, pues la función del agente no se limita a poner en contacto compradores y vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, pues a través de su propia empresa, debe, de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios del agenciado, actuando ante la clientela como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos.”³²

b. Es un negocio jurídico irrevocable, como quiera que interesa a ambas partes. Y aunque la agencia termina por las mismas causas del mandato (C.Co. art. 1324), se distingue en este aspecto de dicho negocio jurídico , en el que el mandante puede revocarlo total o parcialmente, sin consecuencias indemnizatorias (C.Co. art.1279)

Por eso la ley se ocupó de precisar unas justas causas para que el empresario y el agente pudieran dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial (C.Co. art. 1325).

c. En virtud de la agencia, el agente asume, en lo fundamental, la tarea de promocionar o explotar los negocios de un empresario nacional o extranjero, pero a ese específico encargo bien puede aparejársele la actividad de fabricar sus productos o la de distribuir uno o varios de ellos.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el agente,

“...no se limita a perfeccionar o concluir determinados negocios –así sean numerosos-, hecho lo cual termina su tarea, sino que su labor es de promoción, lo que de suyo ordinariamente

³² Sentencia de 20 de octubre de 2000; M.P. José Fernando Ramírez Gómez; exp.: No. 5497



comprende varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero no solo eso, sino también la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de la misma, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce –en sentido lato- como ‘mercadeo’...”. Y más adelante agregó: “Dicho en otros términos, lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida –en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe –luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso.”³³

d. El agente debe obrar siempre por cuenta del empresario agenciado, aunque no necesariamente en su nombre. Al fin y al cabo, la actividad desplegada por aquél beneficia la empresa de éste, pues es a favor suyo que se promueve un mercado, se introduce o se consolida un producto y se genera una clientela.

Incluso, aunque a la tarea de promocionar se le aúne la de distribuir uno o varios bienes producidos por el empresario, el agente, en cualquier caso, debe obrar por cuenta del agenciado, así no sea su representante.

e. El agente es autónomo en la ejecución del encargo de promover el negocio del empresario agenciado, como lo refiere, en forma expresa, el artículo 1317 del C. de Co.

³³ Sentencia de 28 de febrero de 2005; M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; exp. No. 7504



Esta característica no se desfigura por haberse previsto en el artículo 1321 de dicha codificación que “El agente cumplirá el encargo que se le haya confiado al tenor de las instrucciones recibidas”, pues es apenas obvio que el agente no puede desarrollar su labor sin reparar en los intereses económicos de su agenciado y en las directrices generales que éste le traza para cumplir con el encargo de promocionar su empresa. Pero es claro que so pretexto de esas instrucciones no se puede sostener que existe algún tipo de subordinación respecto del agenciado, toda vez que el agente asume su tarea “en forma independiente” (C. de Co., art. 1317), de forma tal que es él y no el empresario el que determina las estrategias de promoción, las prácticas de mercadeo y, en general, el que lindera el proceso de generar o afianzar una clientela para el principal.

Delimitación

Es necesario señalar que no todo agenciamiento da lugar a una agencia comercial. En ocasiones se utiliza la expresión agente para referirse a una persona que cumple un determinado encargo o que realiza una determinada actividad empresarial, sin que esa sola razón permita afirmar que se estructura dicho negocio jurídico.

Es el caso, por ejemplo, de las agencias de seguros, que no constituyen una agencia mercantil por más que promocionen el negocio de una o varias aseguradoras, pues, entre muchas otras razones, su tarea en ese específico mercado no sólo beneficia al asegurador, sino también al agente mismo, quien también genera su propia clientela, amén de que su actividad no sólo se concreta a la de concluir contratos de seguro, sino también a la de asesorar al candidato tomador, como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de octubre de 2001.



Algo similar acontece en el caso de las agencias de viaje, que no son propiamente agencias mercantiles de las compañías de transporte aéreo, marítimo o terrestre, si se considera que su labor, en lo fundamental, apunta a la celebración de contratos de viaje, o de intermediación, en los que al transporte del viajero se le ligan, incorporan o adhieren otros servicios como los de hotelería, alimentación, turismo propiamente dicho, trámite de visas, entre otros. En ese singular negocio jurídico no podría afirmarse, entonces, que el agente de viajes es un promotor de los negocios del transportador, así reciba una comisión por los contratos ajustados.

Aspectos controversiales

1. Constituye agencia comercial la actividad de suministro de un producto para la reventa?

Si el objeto medular de la agencia comercial es la promoción o explotación de los negocios del empresario agenciado, es claro que el simple acto de comprarle productos para luego venderlos no constituye agenciamiento mercantil, así la tarea de reventa se ejecute en un territorio previamente acordado por las partes.

Por supuesto que en la agencia, como se acotó en párrafos precedentes, el encargo de promover o de explotar la operación mercantil de otro empresario puede ir acompañado de la distribución de sus productos, pero a ello no le sigue que el mero suministro de bienes pueda mudar en agencia, si no existe –ello es medular– promoción real y efectiva de un negocio ajeno y por cuenta ajena.



En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en forma reiterada, al señalar que,

“...la actividad de compra para reventa de un mismo producto, solamente constituye el desarrollo de una actividad mercantil por cuenta y para utilidad propia en donde los negocios de compraventa tienen por función la de servir de título para adquisición (en la compra) o la disposición (en la reventa) posterior con la transferencia de dominio mediante la tradición. Pero el hecho de que para el cumplimiento de esta finalidad, el distribuidor tenga que efectuar actividades para la reventa de dichos productos, como la publicitaria y la consecución de clientes, ello no desvirtúa el carácter propio de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por un empresario. Porque cuando un comerciante difunde un producto comprado para el mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final. Por esta razón, para la Corte la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquél lo adquiera y posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa; no constituye ni reviste por si sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos. Simplemente representa un suministro de venta de un producto al por mayor de un empresario al comerciante, que éste, previa las diligencias necesarias, posteriormente revende no por cuenta ajena sino por cuenta propia; actividad que no puede calificarse ni deducirse que se trata de una agencia comercial. Pero lo anterior no se opone, como lo reconoció esta Corporación en ocasión anterior, a que habiendo un contrato de agencia entre empresario (agenciado) y comerciante (agente) en forma paralela puedan concurrir otros contratos, como los de ventas directas, hechas por el empresario en la zona de la agencia. (Sent. del 14 de diciembre de 1992. G.J. CCXIX, P.703 y ss.), sin que llegue a confundirse aquel contrato con estos últimos, pues sus elementos, particularmente el objeto, son diferentes aunque se presenten dentro de una misma actividad comercial destinada a poner los productos en manos del consumidor...”³⁴

³⁴ Sentencia de 31 de octubre de 1995; M.P. Pedro Lafont Pianetta; exp.: 4701.



Queda claro, pues, que la agencia mercantil exige promoción de un negocio ajeno, y que el simple acto de comprarle productos a un empresario, para luego revenderlos, no traduce agenciamiento.

2. Son válidas las cláusulas de pago anticipado de la llamada cesantía comercial?

El artículo 1324 del c.co establece que a la terminación del contrato de agencia “el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor”.

Se trata de una prestación que se justifica por el carácter estable de un contrato en el que, además, la actividad del agente le rinde principal beneficio al empresario agenciado, quien, pese a la terminación de la agencia, continua recibiendo provecho de la tarea que desarrolló el agente, habida cuenta que aquél conserva ese valioso bien mercantil que es la clientela y, por supuesto, sigue obteniendo ganancias de una empresa que el agente ayudó a consolidar o a crecer, o de un producto que se fortaleció en el mercado.

La manera de cuantificar esta prestación y el momento en el que ella se hace exigible, parecen sugerir que sólo a la terminación del contrato puede definirse todo lo concerniente a su importe y a su pago. Al fin y al cabo, su monto esta dado por las comisiones recibidas en los últimos años de vigencia del negocio jurídico.



Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia consideró que nada le impedía a las partes acordar cláusulas de pago anticipado de la cesantía comercial, en el entendido, claro está, que su importe no puede ser inferior al previsto en el artículo 1324 del C.Co. Veamos las razones que expuso esa Corporación:

"Cumple señalar que, al margen de la discusión sobre la naturaleza de la prestación a que se refiere el inciso 1º del artículo 1324 del C. de Co. –tópico que ha sido abordado desde diversos ángulos como el de la seguridad social; los bienes mercantiles y, específicamente, la clientela; el derecho societario; los contratos de colaboración, entre otros-, parece claro que, en línea de principio, ella debe ser satisfecha luego de terminado el contrato de agencia mercantil, como suele acontecer de ordinario, pues, al fin y al cabo, es en ese momento en que puede cuantificarse, a ciencia cierta, el valor de "la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años", que le corresponde al agente por cada año de vigencia de aquél.

"Empero, a ello no se opone que las partes, en tanto obren de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, puedan acordar los términos en que dicha obligación debe ser atendida por parte del deudor (empresario agenciado), sin que norma alguna establezca que la referida compensación o remuneración únicamente puede cancelarse con posterioridad a la terminación del contrato. Con otras palabras, aunque el cálculo de la prestación en comento se encuentra determinado por variables que se presentan una vez terminado el contrato de agencia –lo que justifica que, por regla y a tono con la norma, sea en ese momento en que el comerciante satisfaga su obligación-, esa sola circunstancia no excluye la posibilidad de pagos anticipados, previa y legítimamente acordados por las partes.

"Si se considera que el derecho a esa prestación de tipo económico se encuentra estrechamente ligado a la clientela que preserva el agenciado, aún después de terminar el contrato de agencia, no se ve la razón para no autorizar una cláusula que, a partir del reconocimiento de aquél, permita que el agente, ex ante, vea retribuido –o, si se quiere- compensado su esfuerzo por la formación de una clientela que, en principio, no se desdibuja por la terminación del negocio jurídico, desde luego que ese pago anticipado tendrá un efecto extintivo total o parcial, según que, al finalizar el contrato, el monto de la obligación, cuantificado en los términos previstos en el artículo 1324 del C. de Co., resulte ser igual o mayor a la sumatoria de los avances pactados. Las mayores o menores dificultades que puedan presentarse en la cuantificación de la



prestación, no pueden erigirse como insuperable valladar para arribar a conclusión distinta, pues lo medular es que ella sea determinable, como efectivamente lo es en casos como el que motiva estas reflexiones, si se considera que el propio legislador estableció un referente de obligatoria observancia: la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato.

“Por supuesto que esta regla general no se opone a que, en casos particulares, puede restarse eficacia a una cláusula así diseñada, si se demuestra, por vía de ejemplo, que ella vulnera el principio de autonomía de la voluntad; que es abusiva o leonina (cfme: cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp.: 5670), o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló –en la realidad- la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere. Pero es claro que la sola probabilidad de que sea distorsionada la voluntad contractual, no autoriza al intérprete, ab initio, para desconocer postulados que, como el de la autonomía, insuflan el derecho de los contratos.”³⁵

3. Son imperativas las prestaciones a las que se refiere el artículo 1324 del C.Co.?

Son dos las prestaciones a las que se refiere el artículo 1324 del C.Co.: la comúnmente llamada cesantía comercial a la que ya se hizo alusión, la cual debe pagarle el empresario al agente siempre que termine el contrato, cualquiera que sea la causa, y la indemnización equitativa, que sólo tiene lugar cuando el empresario revoque o de por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada.

Sobre la posibilidad de resignar el derecho a esas prestaciones, un sector de la doctrina considera que ellas son renunciables, pues el artículo 15 del Código Civil, aplicable a la materia mercantil por remisión

³⁵ Sentencia de 28 de febrero de 2005; M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; exp. No. 7504.



directa del artículo 822 del C.Co., establece que “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés general del renunciante y que no esté prohibida la renuncia”³⁶.

Algunos otros afirman que ambas prestaciones son irrenunciables, puesto que en ellas está comprometido el orden público –que es el carácter que se le asigna a la referida disposición-. “La normación –según Pérez Vives- interesa al orden público, al desarrollo económico-social del país. Por eso adviértase que en el Capítulo V (artículo 1317 y siguientes), se dice cuándo se puede pactar en contrario. Qué significa esto? Que sólo en los casos en que el legislador previó esa posibilidad del pacto en contrario puede considerarse que la norma es supletiva.”³⁷ Un último sector opina que sólo la cesantía comercial es declinable, no así la indemnización equitativa.

Precisamente en torno a la renunciabilidad de la denominada cesantía comercial, la Corte Suprema de Justicia consideró en sentencia de 2 de diciembre de 1980 que:

“...la prestación que consagra el art. 1324 inciso 1º, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez se haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando quede incorporado ciertamente el patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente que para concederlo judicialmente es

³⁶ En este sentido se suele citar el concepto que emitió la Superintendencia de Sociedades en oficio No. 13534 de 4 de octubre de 1971.

³⁷ Pérez Vives, Álvaro, Intermediación o contratos comerciales. En Comentarios al Código de Comercio, Vol. 1, Bogotá, 1980, Colegas, p. 243. En este mismo ensayo, el profesor Pérez Vives sostuvo que “el contrato de agencia comercial es una forma de hacer fraude a la ley laboral”, motivo por el cual en el inciso 1º del artículo 1324 “se previó una primera remuneración especial, en consideración a la naturaleza, muy parecida, muy semejante, a la laboral que existe en caso de una agencia comercial y se tomó, un poco arbitrariamente la doceava parte...” (p. 241 y 242)



menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación.”³⁸

Se trata de una tesis intermedia, con propósito indudablemente tuitivo, que de alguna manera procura evitar los eventuales abusos que se pudieran cometer al momento de celebrarse el contrato o durante su ejecución, pero que al mismo tiempo reconoce que la mal llamada cesantía comercial es una prestación económica que sólo interesa al agente, por lo que no puede negarse su renuncia, menos aún si ésta se presenta después de causada.

En nuestro criterio, dicha prestación es renunciable en cualquier momento, máxime si se considera que la agencia mercantil es un contrato que se celebra entre profesionales del comercio. Así lo imponen el principio de autonomía de la voluntad y la libertad de configuración normativa que gobiernan las relaciones negociales en el derecho privado. No existe, además, ninguna disposición que permita considerar el inciso 1º del artículo 1324 del C.Co. como una norma imperativa o de orden público, sin que tampoco pueda verse comprometido en ella el interés general, a lo que se arriba por una equivocada asociación de esa prestación mercantil con la –esa sí– cesantía que se le reconoce a los trabajadores en los disposiciones laborales. Por supuesto que si la renuncia a dicha prestación obedece al ejercicio de una posición dominante o a una clara manifestación de abuso por parte del agenciado, deberá restársele eficacia a una estipulación en ese sentido, pero por esas razones y no por contravenir una norma imperativa.

³⁸ M.P. Germán Giraldo Zuluaga. Proceso ordinario de Cacharrería Mundial S.A. contra Jorge Iván Merizalde Soto y Gilberto Merizalde.



Por el contrario, creemos que la tesis de la Corte sí es aplicable a la prestación referida en los incisos 2º y 3º del artículo 1324 del C.Co., pues una renuncia anticipada a la indemnización equitativa a la que tiene derecho el agente por la revocación o la terminación unilateral del contrato por parte del empresario, sin justa causa comprobada, “equivaldría a la condonación del dolo futuro, lo cual está específicamente sancionado por el art. 1522 del C.C. en su colon final...”³⁹

Pero luego de causada la indemnización –que por cierto ya no fijan los peritos, a partir de la sentencia C-990 de 29 de noviembre de 2006, emanada de la Corte Constitucional-, nada obsta para que el agente renuncie a ella, puesto que se trata de un derecho que solo atiende a su interés individual, como que se trata de una prestación cuyo objeto es retribuirle los esfuerzos por acreditar la marca, la línea de productos o los servicios del empresario.

³⁹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto, Contratos Mercantiles, T I, Medellín, 1995, Ed. Dike, p. 353.