

Controversias y soluciones en la ejecución de los contratos de fiducia mercantil y cuentas en participación.

María Camila Rojas Londoño  
María Paula Gutiérrez Delgado  
Junio 2021

Fabián Hincapié Salazar  
(Director)

Trabajo de grado como requisito para optar por el título de abogado

Universidad de Caldas.  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.  
Manizales

Copyright © 2021 por María Camila Rojas Londoño y María Paula Gutiérrez Delgado.  
Todos los derechos reservados.

Esta monografía es un comparativo entre los contratos de fiducia mercantil y de cuentas en participación, en el cual precisamos los antecedentes y características generales de estas modalidades contractuales, abordando los elementos propios de cada convención, tales como: partes intervinientes, efectos, función económica, transferencia de derechos, entre otros.

Además, en este trabajo de grado, determinaremos los principales problemas derivados de la ejecución de cada contrato, partiendo de diversas fuentes del derecho como la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Aunado a lo anterior, estableceremos posibles soluciones aplicables a las controversias encontradas, partiendo de las herramientas jurídicas y las acciones judiciales que tienen los acreedores y terceros afectados con el negocio jurídico.

Finalmente, se determinará si la solución de uno de los contratos puede ser aplicada al otro y viceversa, esto con el fin de establecer si existe una relación de analogía entre ambas figuras contractuales.

## Tabla de contenido

iv

<b>Planteamiento del problema .....</b>	<b>1</b>
<b>Objetivo general .....</b>	<b>4</b>
<b>Objetivos específicos .....</b>	<b>5</b>
<b>Justificación .....</b>	<b>5</b>
<b>Diseño Metodológico .....</b>	<b>8</b>
<b>CAPITULO 1. ASPECTOS GENERALES Y ANTECEDENTES DE LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL Y CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>1. Contratos comerciales .....</b>	<b>9</b>
1.1. Definición de contrato.....	9
1.2. Partes del contrato.....	10
1.3. Contenido y requisitos del contrato .....	11
1.4. Efectos del contrato.....	14
<b>2. Derecho real de dominio.....</b>	<b>15</b>
2.1. Definición .....	15
2.2. Características .....	15
<b>3. Patrimonio como atributo de la personalidad.....</b>	<b>17</b>
<b>4. Antecedentes del contrato de fiducia mercantil. ....</b>	<b>19</b>
4.1. En el Derecho Romano .....	22
4.1.1. <i>El fideicomiso</i> .....	22
4.1.2. <i>El pacto de fiducia</i> .....	23
4.2. El derecho anglosajón.....	25
4.2.1. <i>El common law y sus coyunturas</i> .....	26
4.2.2. <i>The uses</i> .....	27
4.2.3. <i>Trust</i> .....	27
4.3. La fiducia en Colombia.....	31
4.3.1. <i>La propiedad fiduciaria</i> .....	31
4.3.2. El encargo de confianza .....	31
4.3.3. Fiducia mercantil .....	32
<b>5. Antecedentes del contrato de cuentas en participación.....</b>	<b>34</b>
5.1. Babilonia y el Imperio Romano .....	35
5.2. Las commendas.....	37
5.3. Código Prusiano.....	38
5.4. Antecedentes legislativos en Europa. ....	38
5.4.1. <i>Francia</i> .....	38
5.4.2. <i>España</i> .....	39
5.4.3. <i>Alemania</i> .....	39
5.4.4. <i>Italia</i> .....	40
<b>6. Derecho comparado. Legislaciones en América Latina .....</b>	<b>40</b>
6.1. Chile.....	41
6.2. Argentina.....	41
6.3. Perú.....	42
6.4. México.....	42
6.5. Venezuela.....	43

<b>CAPITULO 2. CARACTERIZACIÓN DE LOS CONTRATOS.</b>	<b>44v</b>
<b>7. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL</b>	<b>44</b>
7.1. Definición y características	44
7.2. Función económica	45
7.3. Partes	46
7.4. Objeto	48
7.5. Características	49
7.6. Efectos jurídicos de la fiducia mercantil	50
7.6.1. <i>El patrimonio autónomo</i>	51
7.6.2. Persecución de los bienes fideicomitidos	53
7.6.3. <i>Obligaciones de las partes</i>	54
7.6.4. <i>Derechos derivados del contrato de fiducia mercantil</i>	55
7.7. Responsabilidad del administrador	56
7.8. Terminación del contrato	56
<b>8. CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN</b>	<b>57</b>
8.1. Definición y características	57
8.2. Diferencias con otros contratos	58
8.2.1. <i>Sociedad Comercial</i>	58
8.4. Partes del contrato	60
8.4.1. Gestor	61
8.4.2. Partícipe Inactivo	61
8.5. Obligaciones de las partes	62
8.5.1. Obligaciones para el gestor	62
8.5.2. Obligaciones del partícipe oculto	64
8.6. Responsabilidad y distribución del riesgo contractual	65
8.7. Función económica	66
8.8. Terminación del contrato	66
<b>CAPITULO 3. PROBLEMAS JURÍDICOS DE LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL Y CUENTAS EN PARTICIPACIÓN</b>	<b>69</b>
<b>9. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL</b>	<b>69</b>
9.1. ¿Quién ostenta la legitimación por pasiva cuando se pretende perseguir los bienes fideicomitidos en un proceso judicial?	69
9.2. Negocio fiduciario celebrado en fraude a terceros	71
9.3. Derecho de persecución de los acreedores anteriores al negocio jurídico (Fiducia mercantil)	72
9.4. ¿Los bienes gravados con hipoteca pueden ser objeto de un contrato de fiducia mercantil?	73
9.5. La fiducia en garantía y el pacto comisorio	74
<b>10. CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN</b>	<b>75</b>
10.1. ¿El contrato de cuentas en participación por su carácter de oculto del partícipe inactivo viola la constitución política?	75
10.2. ¿Cuáles son los riesgos de fraude a la ley que pueden derivarse de la característica de partícipe oculto?	78
10.3. Acreencias pendientes del contrato de cuentas frente a la insolvencia del gestor	81

10.4. ¿Por qué la acción de resolución por incumplimiento no procede en el contrato de vi cuentas en participación? .....	82
<b>CAPITULO 4. POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS A LAS CONTROVERSIAS DE LOS CONTRATOS .....</b>	<b>83</b>
<b>11. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL .....</b>	<b>83</b>
11.1. ¿Quién ostenta la legitimación por pasiva cuando se pretenden perseguir los bienes fideicomitidos en un proceso judicial? .....	83
11.2. Negocio fiduciario celebrado en fraude a terceros .....	85
11.3. Derecho de persecución de los acreedores anteriores al negocio jurídico (Fiducia mercantil) .....	86
11.4. ¿Los bienes gravados con hipoteca pueden ser objeto de un contrato de fiducia mercantil?.....	90
11.5. La fiducia en garantía y el pacto comisorio .....	90
<b>12. CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN .....</b>	<b>93</b>
12.1. ¿El contrato de cuentas en participación por su carácter de oculto del partícipe inactivo viola la constitución política? .....	93
12.2. Principios del Derecho .....	95
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>102</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>104</b>

## Planteamiento del problema

La sociedad desde tiempos inmemorables ha presenciado la evolución de instituciones jurídicas, pues el hombre de por sí es un ser salvaje y necesita la creación de reglas y pautas de comportamiento para controlar sus instintos. Estas directrices se consolidan a su vez en normas jurídicas y es así como se constituye un ordenamiento jurídico. Las normas mencionadas están en constante evolución, lo cual resulta lógico so pena de que entren en desuso, pues como sabemos la sociedad está en una constante transformación y es menester afrontar las necesidades que surjan y brindar una respuesta a problemas jurídicos que antes eran inexistentes. Es así como ante la necesidad de establecer parámetros de conducta y regular situaciones concretas que se crea el derecho, y con este sus diversas ramas, para el caso que nos atañe nos centraremos en el derecho civil y comercial, ramas que constituyen la piedra angular de las relaciones privadas y que sin excepción se han visto obligadas a reinventarse y crear nuevas figuras que permitan brindar soluciones jurídicas a los problemas actuales.

Ante esta situación, han surgido figuras contractuales como el contrato de fiducia, el *leasing*, la franquicia, el *factoring* y el contrato de cuentas en participación entre otros, los cuales superan esquemas tradicionales como el de la compraventa, la promesa, el comodato (préstamo de uso) o el mutuo (préstamo de consumo); estas modalidades, pese a ser tipificadas, no están ampliamente reguladas en nuestra legislación y lamentablemente, su estudio no es abordado con suficiencia en el pregrado, de ahí que se trate de negocios “desconocidos” para los estudiantes.

Ante los cambios sociales el derecho debe ser dinámico y adaptarse a la nueva realidad para brindar soluciones jurídicas aplicables a conflictos generados en la actualidad. Lo anterior, implica un reto adicional para los abogados y es este ahondar en el estudio de las figuras que construyen un derecho cambiante, partiendo de las figuras tradicionales, pero extendiendo su análisis a modalidades contractuales, como la fiducia mercantil, la propiedad fiduciaria, el contrato de cuentas en participación, el *leasing*, el *lease-back*, etc

figuras de las que no existe una normativa consolidada ni una jurisprudencia decantada pero que son de notable aplicación en nuestra realidad jurídica.

En el desarrollo de este proyecto abordaremos el estudio de dos modalidades contractuales: la fiducia mercantil y las cuentas en participación. En principio, analizaremos los antecedentes de estas figuras y posterior a ello, nos centraremos en analizar los problemas jurídicos que surgen de su ejecución, para finalmente, plantear algunas soluciones aplicables a las controversias encontradas.

El contrato de fiducia mercantil es un negocio jurídico mediante el cual una persona denominada fiduciante transfiere la propiedad o dominio de unos bienes específicos a una entidad fiduciaria, creando así un patrimonio autónomo que debe ser administrado por el fiduciario, para que luego entregue las ganancias de dicho negocio al beneficiario, quien puede ser un tercero o el mismo fiduciante en casos particulares. Actualmente, en Colombia dicha figura está regulada en el artículo 1226 y subsiguientes del Código de Comercio.

Esta figura refleja ciertas particularidades. En primer lugar, crea un patrimonio autónomo constituido por los bienes fideicomitidos y, en segundo lugar, el dominio de los bienes transferidos recae sobre el fiduciario, quien ostenta una propiedad especial, pues tiene a su cargo la administración del patrimonio autónomo y es el responsable ante terceros, pero no ostenta la calidad de dueño y por ende, no puede disponer a su arbitrio de los bienes fideicomitidos depositados en el patrimonio autónomo. Situación que genera ciertas dudas sobre la representación de este patrimonio y el derecho de persecución que tienen los acreedores del fiduciante frente a los bienes fideicomitidos. Siendo estas, entre otras, algunas de las controversias que abarcaremos en el desarrollo de este trabajo y a las cuales brindaremos posibles soluciones.

El contrato de cuentas en participación es un negocio muy similar al contrato de fiducia mercantil; sin embargo, en este no se presenta un patrimonio autónomo e independiente. Acá se crea una colaboración entre dos o más personas para celebrar un negocio específico

donde solo uno de ellos, conocido como el gestor, funge como responsable ante de terceros mientras la identidad del partícipe permanece oculta. Esta modalidad contractual se encuentra regulada en el artículo 507 y subsiguientes del Código de Comercio.

Si bien se trata de un contrato regulado, su ejecución suele ocasionar controversias, ya que aquí, como en el contrato de fiducia, existen dudas sobre la responsabilidad y representación de los bienes administrados y no se sabe con exactitud hasta qué punto el gestor debe responder de manera unilateral ante terceros y el partícipe puede mantener oculta su identidad.

En la práctica los contratos de fiducia mercantil y de cuentas en participación son muy utilizados. Sin embargo, al momento de solucionar un conflicto o determinar la normativa aplicable encontramos grandes vacíos y falencias que repercuten en la solución de un conflicto determinado.

En razón a lo anterior, se decidió estudiar estas figuras y sus características, con el fin de establecer métodos de arreglo o instrumentos que permitan solucionar los conflictos presentados al momento de ejecutar estos contratos.

En el ejercicio de estos negocios se han presentado dudas sobre cuáles son las acciones judiciales que se pueden emprender por parte de los acreedores o terceros afectados, si se puede o no perseguir el patrimonio autónomo o los bienes del gestor para materializar las obligaciones insolutas del fiduciante o del partícipe según sea el caso y, finalmente, si estas modalidades contractuales son las más idóneas pese a que afectan, en casos determinados, los intereses de terceros.

Los contratos de fiducia mercantil y cuentas en participación tienen similitudes a la hora de su ejecución, dado que en ambos una de las partes transfiere sus bienes a otro para que los administre o cumplan un fin acordado, pero es precisamente esta característica la que origina controversias, pues a la hora de presentarse un conflicto no se reconoce a ciencia cierta quién debe ser la parte que responda legalmente o haga las veces de representante,

como tampoco es de conocimiento si se debe responder con el patrimonio propio o si las pérdidas deben asumirse de manera exclusiva con los bienes transferidos y destinados para la ejecución del negocio jurídico.

Asimismo, tampoco es claro si los acreedores del fiduciante y del partícipe pueden perseguir los bienes transferidos al fiduciario y al gestor y si la responsabilidad ante terceros recae sobre todas las partes vinculadas en el contrato o sólo frente al titular de los derechos reales; también, debemos considerar las futuras controversias que pueden surgir entre las partes al momento de ejecutar el contrato pactado. Entonces, son muchos los interrogantes que se generan en torno a estas figuras, los cuales esperamos solucionar con el desarrollo de este proyecto de investigación.

De acuerdo con lo anterior, se planteará a título de hipótesis que, en la ejecución de estos contratos ninguna de las partes puede eximirse de responsabilidad, excusándose en la de la otra, pues esto, en principio, rompería el equilibrio contractual entre los sujetos negociales.

Por último, se considera la posibilidad de un estudio integrado entre ambas figuras, de manera que en la hermenéutica a aplicar se pueda usar la analogía entre ambas modalidades, como método para suplir los vacíos que cada una presenta para la solución de los problemas jurídicos que se generan al momento de su ejecución; lo anterior, dado que uno y otro contrato presentan características muy similares en cuanto a la causa negocial y su función económica.

### **Objetivo general**

Determinar las controversias y soluciones derivadas de la ejecución del contrato de fiducia y del contrato de cuentas en participación.

### **Objetivos específicos**

1. Describir los contratos de fiducia mercantil y de cuentas en participación, teniendo en cuenta para su caracterización, el desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario.
2. Identificar las controversias o vicisitudes presentadas en la ejecución del contrato de fiducia mercantil y el contrato de cuentas en participación
3. Proponer las posibles soluciones a las vicisitudes presentadas en la ejecución de los contratos de fiducia mercantil y de cuentas en participación

### **Justificación**

Muchas son las modalidades contractuales estudiadas en la universidad, las cuales van desde el derecho civil y comercial hasta el derecho laboral, internacional y agrario, por solo mencionar unos cuantos. Lo anterior en razón a que, el derecho es una herramienta que permea todos los ámbitos de nuestras vidas, desde el acto jurídico más simple hasta el más complejo guarda una relación intrínseca con el mundo jurídico en cualquiera de sus manifestaciones, llámense normas, costumbres, doctrina, equidad, etc.

En razón a lo anterior, es imposible estudiar todos los campos del derecho en tan solo cinco (5) años, y más aún, es imposible abarcar todos los temas que componen una rama específica en un aula de clases. Es por esto que, al estudiar los contratos, todas las facultades del país coinciden en la importancia de enseñar el de arrendamiento, compraventa, mutuo, promesa y, en el mejor de los casos, el de seguro. Sin embargo, existen un sin número de negocios contractuales que no alcanzan a ser abordados, llegando solo a su mención en el aula de clase.

Así las cosas, al momento de elegir el tema de nuestra tesis, teníamos claro que este debía ser innovador, queríamos que nuestro proyecto no solo se limitará a un requisito de

grado, sino que su desarrollo ampliará nuestros conocimientos jurídicos y nos permitiera crecer como estudiantes y futuras abogadas. Por esta razón, decidimos que nuestra tesis debía abordar temas para nosotras casi desconocidos para que su desarrollo se convirtiera en un aprendizaje constante y desencadenara en un proyecto relevante, no solo para nosotras, sino también para la academia, los juristas, los estudiantes de derecho y los ciudadanos en general.

En tal sentido, elegimos en primera instancia el contrato de cuentas en participación, dada su especialidad y uso excepcional; pretendiendo abordar su estructura en comparación con el tipo penal de testaferrato, pues entendíamos que en ambos negocios se presta el nombre a un tercero para que celebre contratos y actos jurídicos en general, sin fungir como parte en el negocio en cuestión, de manera que asumimos que la connotación de acto legal, estaba determinada por la procedencia del dinero o los bienes a transferir. Sin embargo, al estudiar un poco las figuras referidas nos dimos cuenta que la diferencia iba mucho más allá.

El contrato de cuentas en participación es aquél por el cual, dos o más comerciantes se unen para ejecutar uno o varios negocios mercantiles, donde solo una de las partes es visible ante terceros, pero ambas asumen las pérdidas o utilidades por igual o conforme lo establecieron en la convención.

En nuestro estudio inicial y con la ayuda de nuestro asesor de tesis, encontramos que también la fiducia mercantil es un contrato en el cual hay transferencia de derechos. Así las cosas, optamos por centrarnos en estas dos figuras contractuales, entre otras razones, porque guardamos gran afinidad por el derecho civil y comercial y que mejor que trabajar en nuestro campo de interés.

Al momento de definir el tema pensamos en las herramientas de defensa que tenían los acreedores del fiduciante y del partícipe cuando el deudor quedaba insolvente en razón a la celebración del contrato de fiducia o el de cuentas en participación. También pensamos

en determinar qué reglas de aquél eran aplicables a éste, al momento de solucionar estas controversias. No obstante, después de varias lecturas encontramos que las controversias son múltiples, las cuales no solo se dan entre los acreedores del fiduciante y del partícipe, sino que también surgen controversias cuando: (i) el deudor es el fiduciario o el gestor, (ii) el negocio quiebra, (iii) el fiduciario o el gestor deben responder ante terceros y, (iv) hay discrepancias entre las mismas partes que celebran los contratos mencionados. En ese momento concluimos, de un lado, que no era pertinente delimitar nuestro trabajo a un problema específico cuando podemos abordar las múltiples controversias que se presentan en la ejecución de los negocios referidos; y del otro lado, que no teníamos que delimitar la analogía al contrato de cuentas en participación, sino que también este podía aportar elementos al de fiducia mercantil.

Fue así como decidimos abordar las múltiples controversias que pueden surgir de la celebración de los contratos de fiducia mercantil y cuentas en participación y, finalmente, quisimos analizar la posibilidad de extender por analogía los diversos elementos del uno al otro, dada la presencia de un vacío jurídico; lo anterior, en razón a que se trata de figuras contractuales que comparten elementos comunes y consideramos que en ese sentido pueden complementarse.

Este es nuestro proyecto inicial y son muchas las expectativas que tenemos. Queremos que con las conclusiones de nuestra investigación se puedan ofrecer propuestas de soluciones jurídicas a aquellos problemas que de momento, no han sido abordadas por el legislador; de ahí que hayamos asumido como propósito, que el lector encuentre en este trabajo de grado, hipótesis de resolución a las controversias presentadas en la ejecución de los contratos de fiducia y de cuentas en participación y, con ello, que represente una herramienta de estudio para los estudiantes de derecho.

En conclusión, esperamos que nuestro proyecto sea realmente relevante. Queremos que nuestro trabajo trascienda las aulas de clase y se convierta en una herramienta útil no solo para el campo universitario, sino también para los profesionales del derecho, ya sean

litigantes, jueces, asesores jurídicos o académicos y, finalmente, para las personas del común, pues buscamos que los comerciantes o las personas naturales que celebren negocios jurídicos como los que estudiaremos, tengan un conocimiento previo de la figura y encuentren en nuestro proyecto una herramienta óptima para enfrentar los vicisitudes generadas en la ejecución de estos contratos.

Para alcanzar los objetivos propuestos, haremos uso de las diversas fuentes del derecho, estudiaremos la normativa vigente y analizaremos los vacíos jurídicos existentes en ambas figuras contractuales; labor que se apoyará en la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado, con el ánimo de proponer soluciones jurídicas a las controversias evidenciadas.

Consideramos que nuestro proyecto es necesario, pertinente y relevante, en razón que es un tema poco estudiado que ha alcanzado gran relevancia jurídica en los últimos tiempos, por lo que el desarrollo de estas figuras contractuales nos encamina a analizar en detalle su aplicación. Así las cosas, son muchas las expectativas que tenemos, por lo que esperamos alcanzar cada una de estas en el desarrollo de la presente investigación y que el resultado final sea un documento de interés jurídico y relevancia práctica que signifique un aporte al desarrollo del derecho.

### **Diseño Metodológico**

El trabajo de grado, al entrar en el campo de las ciencias sociales, se llevará a cabo de manera cuantitativa a través de logro de objetivos. La investigación será descriptiva, pues se determinarán las características y propiedades de los contratos objeto de estudio, donde se hará un análisis crítico a lecturas como ensayos, resúmenes, capítulos de libros, artículos, normas, jurisprudencia y doctrina jurídica que ayudarán a brindar más claridad sobre las herramientas y actuaciones judiciales existentes para la solución de posibles conflictos ocasionados con la ejecución de los contratos de fiducia mercantil y de cuentas en participación.

## **CAPITULO 1. ASPECTOS GENERALES Y ANTECEDENTES DE LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL Y CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.**

### ***1. Contratos comerciales***

El derecho mercantil es el encargado de organizar el comercio y regular las relaciones o vínculos derivados de las actividades económicas de los particulares. Para la consolidación, materialización de dichas relaciones y actividades económicas se tiene el contrato, institución más importante dentro de esta rama del derecho. El comercio, el contrato y el derecho mercantil no aparecieron simultáneamente: el primero surgió con el trueque, que tiene su fundamento en el intercambio de bienes y servicios; el segundo tuvo su origen en la necesidad de organizar el intercambio de dichos bienes y servicios para obtener una ganancia y; por último, el tercero emergió para regular esos contratos debido al incremento de la población y con ello, los negocios mercantiles. (Dávalos Torres, 2010, págs. 15-16)

El contrato tiene sus inicios en el imperio romano siendo considerado como fuente de las obligaciones y más adelante, con el auge de las actividades mercantiles, aparecen los primeros contratos comerciales, reglamentados por las mismas normas del Derecho Civil en un principio, pero incentivando la creación del derecho mercantil.

Para poder tratar el tema de las controversias de los contratos de fiducia mercantil y cuentas en participación es necesario desarrollar algunos conceptos generales sobre los contratos comerciales.

#### ***1.1. Definición de contrato***

En la actualidad, la definición de contrato comercial la encontramos en el artículo 864 del Código de Comercio el cual estipula: “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”. Es decir, el contrato es una convención que tiene como fundamento una actividad de carácter económica que genera obligaciones entre los contratantes para la materialización de un fin específico denominado objeto contractual.

### ***1.2.Partes del contrato***

Profesan la calidad de partes, las personas que, en ejercicio de la autonomía de su voluntad y su capacidad para obligarse, deciden intervenir en la constitución de un acto jurídico que persigue un fin específico. En *stricto sensu*, la connotación de parte hace referencia al titular del derecho y portador del interés constitutivo del acto dispositivo, quien puede actuar en nombre propio o por interpuesta persona, caso en el cual, la representación no desconocerá su calidad de parte. Es preciso acotar que recibirán también la connotación de parte los herederos o causahabientes de la persona obligada con la suscripción del contrato.

Ahora bien, es importante resaltar que, no todos los intervinientes en el marco de un negocio jurídico reciben la calidad de partes, por ejemplo, los terceros son considerados según la jurisprudencia como aquel “sujeto extraño o ajeno al interés dispuesto en virtud del negocio jurídico” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en la sentencia SC 061-06291 (2008). Así las cosas, no será parte del contrato aquel sujeto que no haya participado en su constitución.

Pese a lo anterior es importante considerar que no todos los terceros son ajenos a los resultados derivados del negocio jurídico, pues si bien no fungen como parte en la constitución del contrato, en casos determinados pueden verse alcanzados con los efectos que de este se deriven.

En razón a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha diferenciado dos clases de terceros: relativos y absolutos, tomando como criterio para hacer tal distinción el interés del sujeto en las resultas del negocio jurídico celebrado.

Así, siguiendo lo expuesto en la sentencia SC9184 de 2017, los terceros relativos son aquellas personas extrañas a la relación contractual, que pese a no tener intervención alguna en la convención se ven cubiertas con los efectos del negocio jurídico, esto en razón a que con posterioridad entran en relación jurídica con alguna de las partes, y las resultas del acto jurídico les ocasiona alguna lesión a sus intereses. Por su parte, son terceros absolutos, son aquellos que no tienen relación alguna con las partes, por lo que el vínculo jurídico no les concierne ni les afecta, en virtud del principio de relatividad de los contratos.

Ahora bien, debemos mencionar que existen herramientas jurídicas para salvaguardar los intereses de los terceros relativos que se ven de alguna manera afectados con la convención porque el acto no cumplió con los requisitos de publicidad establecidos por la ley para que sea oponible a toda persona, siendo esta herramienta la inoponibilidad, precisando que lo que busca es que el acto jurídico no produzca efecto alguno frente a terceros hasta tanto no se cumpla con las solemnidades de ley y la publicidad que amerite el caso concreto.

### ***1.3. Contenido y requisitos del contrato***

Al ser el contrato una institución por medio de la cual se contraen derechos y obligaciones es importante comprender las particularidades de estos actos jurídicos, su contenido y los requisitos necesarios para que el negocio en cuestión nazca a la vida jurídica.

Lo primero será acotar que el contenido de un contrato puede estar mediado por tres elementos a saber: (i) los esenciales, (ii) los de la naturaleza y (iii) los accidentales. Los elementos esenciales son indispensables para crear el negocio jurídico, es decir, el contenido esencial de un contrato regula la existencia de este, razón por la cual el desconocimiento de estos elementos acarrea la inexistencia del contrato o la conversión del negocio jurídico. Los elementos naturales de un contrato son aquellos que si bien no son esenciales se supone su presencia sin la necesidad de una cláusula especial; finalmente, los elementos accidentales son los derivados de la voluntad de las partes, como es el caso de cláusula penal. (Código Civil, artículo 1501)

Una vez aclarado lo anterior, podemos centrarnos en los requisitos que debe acreditar un contrato para profesar su existencia, validez y oponibilidad, es decir, su aptitud de generar efectos entre las partes y frente a terceros.

En primera instancia tenemos los requisitos de existencia, encontrando en estos una relación intrínseca con el contenido esencial del contrato. Para que el contrato exista debemos evidenciar la presencia de sus elementos esenciales y el cumplimiento de las formalidades previstas para cada figura contractual. El desconocimiento de los elementos referidos trae como consecuencia la inexistencia del contrato.

En segunda instancia, encontramos los requisitos de validez del contrato, en términos generales, estos requisitos tienen como función dotar de legalidad el acto jurídico celebrado. Es preciso acotar en este punto que, la validez del acto se circunscribe en determinar si los sujetos intervinientes en el negocio jurídico gozaban de capacidad para contratar, si el consentimiento estuvo libre de vicios y si la casusa y el objeto del contrato son lícitos.

Respecto a la capacidad de los contratantes podemos afirmar que el negocio jurídico requiere que las personas que en él intervienen gocen de capacidad, entendiendo esta como la aptitud para contraer derechos y adquirir obligaciones por sí solos, sin el ministerio o autorización de otro. El negocio celebrado por un incapaz será nulo, relativa o absolutamente, dependiendo de la incapacidad.

Debemos mencionar en este punto que con la entrada en vigor de la ley 1996 de 2019 se modificó el régimen de la capacidad, observando que la incapacidad presenta dos fuentes: la minoría de edad y la situación particular de una persona que pueda afectar sus declaraciones de voluntad. Aunado a lo anterior, es importante acotar que ya no hablamos de incapaces sino de sujetos de derecho que en determinadas circunstancias pueden requerir el apoyo de un tercero que les permita exteriorizar su voluntad negocial.

Frente al consentimiento, podemos resaltar que es un supuesto de validez del acto jurídico, en razón a que este se consolida a partir de una declaración de voluntad, la cual debe ser consciente, libre y espontánea, es decir, exenta de factores externos que hayan intervenido en su manifestación. Así las cosas, tenemos que para que el negocio jurídico exista debemos evidenciar la voluntad de los intervinientes y para que el mismo sea válido, es necesario establecer que el consentimiento dado este libre de vicios, entendiendo por estos, el error, la fuerza y el dolo.

Continuando con los requisitos de validez del acto jurídico, encontramos el objeto lícito, lo cual implica que la prestación del contrato, es decir, la finalidad que persigue y los efectos que de él se derivan, debe ser posible, determinado o por lo menos determinable y lícito, lo cual implica que no puede contravenir el orden público ni las buenas costumbres; en términos generales, no puede versar sobre un objeto prohibido por la ley.

En concordancia con lo anterior, encontramos que la causa también debe ser lícita, (Código civil, artículo 1524) y que se entiende como el móvil, motivo o razón que induce a las partes a celebrar un negocio jurídico. La causa de un contrato debe ser real y conforme a derecho; precisándose que no hay causa real en los contratos fingidos o simulados.

En los casos de objeto y causa ilícita, el contrato pierde validez y las partes no pueden recomponer el camino o subsanar las falencias advertidas, pues acarrearán la nulidad absoluta del acto.

Para concluir este acápite debemos considerar el requisito de oponibilidad, cuyo desconocimiento no ataca la existencia o validez del acto, pero si su reconocimiento ante los demás. Este requisito hace referencia a la publicidad de las actuaciones sujetas a registro, convirtiéndose en una carga para los intervinientes con el fin de exteriorizar los efectos del contrato a terceros interesados. (Rodríguez Azuero, 2017, pág. 154)

#### ***1.4.Efectos del contrato***

Los efectos que se derivan de un contrato comercial están asignados por la ley y sujetos al tipo de contrato que se realice. Asimismo, es importante resaltar que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada, pueden establecer las obligaciones que nacerán del negocio, siempre y cuando estas no sean contrarias a la ley, las costumbres y, por supuesto, la constitución política.

El contrato es considerado como un acto jurídico que genera obligaciones para las partes que en él intervienen y como se mencionó en el párrafo anterior, nacen de la autonomía de las partes, dando lugar a los derechos personales. Estos derechos están consagrados en el artículo 666 del Código civil el cual expresa: “son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas”.

A través del nacimiento de los derechos personales se vinculan los patrimonios, generando prestaciones que pueden ser de dar, hacer y no hacer; atribuyendo el calificativo de acreedor y deudor a las partes.

## **2. Derecho real de dominio**

### **2.1. Definición**

Se entiende por dominio o propiedad las máximas facultades que un titular puede predicar sobre un bien, es decir, el derecho más completo que se tiene sobre una cosa, bien sea corporal como también incorporal o inmaterial, siendo estas últimas las que no tienen exteriorización física como las producciones del talento o del ingenio. Así lo define el Código Civil colombiano en el artículo 669: “El dominio o propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad”.

El derecho real de dominio tiene como objeto cualquier bien de contenido económico o de proyección social, y concede al dueño o titular los atributos de uso goce, poder disponer y reivindicar el bien ante terceros. (González Linares, 2012, pág. 332)

### **2.2. Características**

El dominio o derecho de propiedad precisa de características esenciales como son:

1. Derecho real: Es el derecho real por excelencia. El más completo y amplio de todos, *plena in re potesta*, el señorío total sobre la cosa que se vincula con la plenitud de la propiedad o principio de la universalidad. (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2012, pág. 152)

2. Exclusivo o excluyente: Dos personas no pueden tener el dominio total de una cosa (Mariani de Vidal, 2009, pág. 298). Esta característica refiere que un bien solo puede pertenecer totalmente a una persona. Valga aclarar que existe una excepción a esta característica y es la propiedad inmaterial, la cual no es excluyente.
3. Absoluto. Esta característica permite al titular un señorío pleno sobre el bien, *erga omnes e ius per sequendi*.
4. Inviolable. El artículo 58 de la Constitución Nacional, dice que éste “es un derecho inviolable y sagrado del cual nadie puede ser privado, salvo en el caso de evidente necesidad pública, legalmente acreditada y a condición de una justa y previa indemnización”. Su inviolabilidad es para todos, sea el Estado, terceros o acreedores, constituyéndose así en una garantía de indemnidad.
5. Perpetuo. Siempre y cuando exista la cosa y su dueño no disponga de sacar de su patrimonio el bien, la propiedad es perpetua, con excepción de la propiedad inmaterial, la cual es temporal.

### **2.3. Transferencia del Dominio**

Los bienes se transfieren por acto entre vivos o se transmiten por causa de muerte. El Código Civil colombiano en su artículo 740 define la tradición en los siguientes términos:

La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.

Para que se efectúe la tradición es necesario un título traslativo de dominio y el modo para perfeccionar la transferencia.

Los artículos 673 y 765 del Código Civil colombiano declaran que los modos de ocupación, accesión, prescripción, tradición y la sucesión por causa de muerte son constitutivos de dominio, como también el justo título derivados de negocios como la venta, permuta y donación entre vivos y las sentencias de adjudicación.

De este libro se extrae entonces que es obligatoria la concurrencia de título y modo para la transferencia del dominio. Con la mera ausencia de uno, quedará incompleta la transferencia. La tradición de los bienes muebles se efectuará con la simple entrega de la cosa, mientras que la de bienes inmuebles se hará con la inscripción del título en la oficina de registro. Cabe aclarar que en materia comercial se requiere además la entrega real y material de la cosa.

### ***3. Patrimonio como atributo de la personalidad***

Respecto al patrimonio podemos precisar que es un atributo de la personalidad del cual gozan tanto las personas naturales como las personas jurídicas, se concibe como el conjunto de relaciones jurídicas (derechos y obligaciones) pertenecientes a un sujeto que gozan de estimación económica.

Es importante señalar en este punto que, frente a la concepción de patrimonio existen dos teorías: la teoría subjetiva o clásica y la teoría objetiva o económica. La primera concibe el patrimonio como una universalidad jurídica, como un reflejo directo de la personalidad que engloba los activos y pasivos de un sujeto determinado. Siguiendo esta teoría toda persona tiene un patrimonio y solo las personas pueden tenerlo, el cual se caracteriza por ser inalienable e inseparable de su titular. Por su parte, la teoría objetiva o económica, reconoce al patrimonio como una individualidad jurídica propia, consistente

en la afectación de ciertos bienes determinados a un fin específico. Esta teoría incorpora los patrimonios especiales que coexisten con el patrimonio general de una persona, lo cual indica que un sujeto puede poseer más de un patrimonio; aunado, reconoce la existencia de los patrimonios autónomos, cuya existencia no está ligada a un sujeto determinado, de lo cual podemos concluir que existen patrimonios sin persona. (Rodríguez Azuero, 2017, pág. 202)

### ***3.1.Integración del patrimonio.***

El patrimonio se compone de activos y pasivos, es decir, de los derechos y obligaciones que gozan de representación económica. Excluyendo así, los derechos que carecen de contenido pecuniario, como lo son los derechos personalísimos, familiares, fundamentales y políticos.

### ***3.2.Patrimonio autónomo.***

Para efectos de este trabajo nos centraremos en el patrimonio autónomo desarrollado por la teoría objetiva o económica, pues el contrato de fiducia mercantil acarrea la constitución de un patrimonio autónomo. Al respecto, se ha dicho:

El negocio fiduciario en comento supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con ellos se cumpla una finalidad. Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo. Dichos bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo. (artículos 1226 a 1244 del C. Co).

Los bienes recibidos en fideicomiso, es decir, que conforman el patrimonio autónomo no pueden confundirse con los bienes del fiduciario, luego deben estar separados de los que integran los activos de la fiduciaria, son excluidos de la

garantía general de los acreedores del fiduciario y fideicomitente y garantizan las obligaciones que contraiga el patrimonio autónomo en el logro de la finalidad de la fiducia. (Superintendencia Financiera, Concepto 2013010362-001, 2013)

En el primer capítulo de este proyecto abordaremos con mayor precisión el concepto de patrimonio autónomo.

### ***3.3. Prenda general de los acreedores.***

En términos generales el patrimonio del deudor es considerado la prenda general de los acreedores, lo cual implica que, ante el eventual incumplimiento de las obligaciones contractuales, el acreedor puede perseguir los bienes que lo componen para satisfacer así su propio crédito.

Ahora bien, en el marco de los contratos que abordaremos en este proyecto encontraremos que existe una transferencia de derechos, desplazando así los bienes del fiduciante a un patrimonio autónomo en el contrato de fiducia y transmitiendo los bienes del partícipe al patrimonio del gestor en el contrato de cuentas en participación. Con lo anterior, cabe entonces preguntarnos ¿los acreedores del fiduciante y del partícipe pueden perseguir los bienes transferidos, teniendo en cuenta que ya no se encuentran en cabeza del su deudor? Aunado, surge el siguiente interrogante ¿los acreedores del fiduciario y del gestor pueden perseguir los bienes transferidos en la ejecución de los contratos analizados? Estos, entre muchos, son los interrogantes que pretendemos abordar en el desarrollo de este proyecto, para lo cual consideramos menester realizar un recuento histórico y normativo de estas figuras contractuales.

## ***4. Antecedentes del contrato de fiducia mercantil.***

El contrato de fiducia mercantil es una modalidad contractual que ha alcanzado un gran desarrollo a nivel internacional, pues su origen se remonta a la Antigua Roma y al derecho

anglosajón, convirtiéndose en la piedra angular de muchas de las instituciones que hoy conocemos.

Ahora bien, para entender el origen de esta figura debemos hacer hincapié en dos principios fundamentales: el de confianza y la buena fe. Si bien es cierto que estos principios deben permear todas las relaciones jurídicas que a título de contratos o convenciones celebramos con terceros, en las figuras que anteceden al contrato de fiducia, por sus efectos, debían estar mucho más marcados, pues esta figura fue catalogada como un instrumento de confianza a partir del cual una persona le transmitía a otra unos bienes determinados con el fin de que esta los administrara, los transfiriera a un tercero o los devolviera después de cumplir un fin específico. A lo anterior se suma la carencia de herramientas jurídicas e instrumentos de defensa que limitaran el abuso, aseguraran la correcta ejecución del contrato o castigaran su incumplimiento.

Para comprender el contrato de fiducia y realizar una correcta interpretación de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario que realicemos un recuento sobre la historia de este contrato y su llegada a nuestro país.

Como se mencionó en líneas anteriores, los antecedentes de este contrato se remontan al derecho Romano, y en particular a dos figuras de confianza: El Fideicomiso (*fideicommissum*) y el pacto de fiducia (*pactum fiduciae*).

Señala Rodríguez Azuero que existían dos clases de fiducia, la primera era el fideicomiso “*fideicommissum*”, donde una persona en su testamento dejaba expreso que transfería sus bienes o parte de estos a una persona de mucha confianza para que los administrara en beneficio de un tercero y la segunda, el pacto de fiducia “*pactum fiduciae*”, que era un acuerdo de voluntades donde una persona transfería a otra ciertos bienes con el fin de que esta cumpliera un fin determinado y posteriormente los devolviera a su propietario. (2017, págs. 9-13)

Ahora bien, de lo anterior podemos concluir que la fiducia mercantil desde sus inicios buscaba alcanzar un fin determinado y que para lograrlo se utilizaban terceras personas, es decir, este negocio desconoce la connotación inter-partes del negocio jurídico al incluir a un tercero intermediario que servía de puente para alcanzar el fin propuesto.

El planteamiento anterior impone la necesidad de indagar por la razón, móvil y objeto que nos lleva a buscar a un tercero para ejecutar un objeto contractual específico, pues a simple vista resultaría más práctico celebrar el negocio jurídico con el sujeto que se beneficiara del mismo, por ejemplo, de las definiciones presentadas por Rodríguez Azuero, cabe preguntarnos ¿Qué sentido tiene transferir los bienes a un tercero diferente al heredero final? ¿Por qué correr el riesgo de transferir nuestros derechos reales a un intermediario que no será el propietario final del negocio jurídico? Si lo miramos desde un panorama general, fácilmente podríamos concluir impertinente implementar esta figura contractual en nuestra vida cotidiana y sin profundizar en el tema, podríamos considerar que el negocio jurídico esconde fines fraudulentos. Sin embargo, estamos frente a un contrato típico que se presume goza de objeto y causa lícita y no busca defraudar a terceros, pues de ser así no sería incorporado en los ordenamientos jurídicos y estaríamos frente a un tipo penal o conducta prohibida propia de otra jurisdicción.

La anterior remembranza nos obliga a seguir indagando sobre el origen y desarrollo de este contrato. En ese orden, para entender su aplicabilidad actual es necesario comprender que llevó a los romanos a crear esta figura y cuál ha sido el desarrollo y la acogida en el mundo del derecho. Sabemos de antemano que las figuras jurídicas han surgido de problemas sin solución aparente, pues el derecho en sí mismo busca adecuar un modelo de conducta frente a un caso determinado para evitar o remediar la consumación de un conflicto o disputa.

Así las cosas, es necesario escarbar los comienzos de la figura para encontrarle sentido a su aplicación.

#### ***4.1.En el Derecho Romano***

Al revisar el contrato de fiducia encontramos que sus antecedentes se remontan a la *mancipatio* del derecho Romano, entendiendo este como el negocio jurídico solemne que tenía por objeto transmitir la propiedad, ya sea a través de una compraventa, una donación, un legado, un mutuo o cualquier contrato cuyo objeto fuera transmitir el dominio, siendo precisamente su generalidad lo que permitió a la *mancipatio* utilizarse para finalidades fiduciarias. Es importante resaltar que, en este negocio jurídico intervenían dos partes: enajenante (*mancipatio dans*) y el adquirente (*mancipatio accipens*). (García, 1998, pág. 17)

Posterior a la *mancipatio*, encontramos como antecedentes del contrato de fiducia mercantil el fideicomiso y del pacto de fiducia.

##### ***4.1.1. El fideicomiso***

El fideicomiso, como se advirtió, encuentra sus orígenes en el derecho sucesorio. Arrubla (2009) lo define como la figura por medio de la cual una persona, denominada disponente, encarga a un tercero denominado fiduciario, la transmisión de su herencia o parte de esta a un tercero denominado fideicomisario, es decir, los bienes pasaban del patrimonio del causante al patrimonio de un tercero encargado de transferir los bienes heredados a una persona determinada. Así las cosas, estamos frente a dos transferencias, frente a dos negocios jurídicos que deben existir para materializar la finalidad perseguida con el fideicomiso. (pág. 132)

Dicha institución generó abusos y defraudaciones, pues el fiduciario podía incumplir con sus obligaciones como parte y para la fecha no existían elementos jurídicos que permitieran resolver el contrato o perseguir su ejecución. Es allí donde nace la necesidad de materializar dicha convención con una persona de confianza que garantizará buena fe en sus actuaciones.

Al parecer, el origen del fideicomiso encuentra su razón de ser en las múltiples incapacidades que consagraba el derecho romano para heredar, encontrando en esta figura una herramienta que le permitía imponer al testador su voluntad hereditaria y transferir sus bienes al destinatario impedido para percibir los mismos a nombre propio. (Arrubla Paucar, 2009, pág. 133)

Así las cosas, encontramos la razón de ser del fideicomiso, cuya causa si bien es legítima, no podemos desconocer que busca superar un impedimento propio del derecho sucesoral para alcanzar un fin personal y para ello se vale de un contrato, situación que lo hace legal ante los ojos del derecho. Aunado, para la época fue una figura absolutamente relevante, pues brindó a los testadores un camino alternativo para elegir a sus herederos.

Si bien, en principio puede considerarse como un acto defraudatorio, debemos precisar que el fin perseguido resulta legítimo, pues quien mejor que el testador para disponer con libertad y autonomía de sus bienes. Conforme a lo anterior, esta figura fue tomando nombre en el campo del derecho, a tal punto que para garantizar el cumplimiento del fiduciario se creó la figura del *praetor fideicomissarius*, institución que buscó dotar de acción al beneficiario para exigir al fiduciario la ejecución del encargo pactado.

#### **4.1.2. El pacto de fiducia**

Abordaremos en esta instancia los orígenes del pacto de fiducia, siendo este el segundo antecedente más relevante de la figura en el derecho romano y el que más se acerca a lo que hoy conocemos por fiducia mercantil.

Esta figura según Corregal (1982):

Se trata de un acuerdo de voluntades, mediante el cual la persona que transmitía a otra su (*mancipatio*) la propiedad de una cosa agregaba al acto un convenio por el cual *el mancipio accipiens* se comprometía a volverla a transmitir al *mancipio dans*

o a emplearla en cierto destino cuando se produjera determinada circunstancia prevista por las partes. (pág. 19)

Encontramos entonces que, esta figura comparte con el fideicomiso la transferencia de derechos para el cumplimiento de un objetivo específico, solo que en este caso el beneficiario puede ser el mismo fiduciante, pues los bienes transferidos pueden regresar a su patrimonio una vez consumado el hecho determinado en el convenio.

El pacto de fiducia tuvo a su vez dos formas de manifestarse: la fiducia de garantía (*fiducia Cum Creditore Contracta*) y el encargo en confianza (*Fiducia cum amico contracto*) (Arrubla Paucar, 2009, pág. 133):

#### **4.1.2.1. La fiducia de garantía**

La fiducia de garantía no solo se considera un antecedente de la fiducia mercantil sino que también construyó los cimientos que dieron origen a la prenda y la hipoteca, pues a través de esta figura el deudor entregaba a su acreedor la propiedad de una cosa como garantía de la obligación que los vinculaba, y el acreedor a su vez debía restituirla, una vez verificara el cumplimiento de la obligación pactada, teniendo en cuenta, aunque de manera implícita, que en caso tal de no verificarse el pago de la obligación, el acreedor tenía la potestad de vender el bien dado en garantía para satisfacer su propio crédito.

Ante la inexistencia de herramientas jurídicas que garantizaran al deudor la restitución del bien transferido se crea la figura *actio fiduciae*, cuyo objetivo era otorgar al deudor herramientas de defensa ante un comportamiento desleal del acreedor, obligándolo a restituir la cosa dada en garantía y a indemnizar los perjuicios derivados de su daño o deterioro.

Como se advirtió en líneas anteriores, esta figura abrió paso a los sistemas de garantías reales como la prenda y la hipoteca, figuras que terminaron desplazando su aplicación al considerarse más beneficiosas para el deudor defraudado.

#### **4.1.2.2.El encargo en confianza**

Por su parte, el encargo en confianza, (*fiducia cum amico contracto*) según refiere Missineo (1971): “Es el negocio fiduciario de custodia o administración” (pág. 453) a través del cual una persona denominada fiduciante transfería sus bienes a un tercero denominado fiduciario, encargándole la administración de sus propiedades, es decir, el fiduciante fungía a su vez como beneficiario pues los bienes regresarían a su patrimonio una vez concluido el convenio pactado por las partes, es preciso aclarar en este punto que el fiduciario se reputaba como único dueño, pues ante terceros tenía el derecho real de dominio frente a la propiedad transferida.

Al reputarse como único dueño, el fiduciario podía ejercer los atributos derivados del derecho real de dominio (uso, goce y disfrute de la cosa) pero también debía fungir como único responsable de la administración del bien, encontrando en esta característica un primer acercamiento al contrato de cuentas en participación, figura que abordaremos más adelante y que guarda una estructura y efectos similares a los referidos.

De lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que, en efecto, los orígenes del contrato de fiducia mercantil buscaron dar respuesta a problemáticas jurídicas presentadas en la época, tales como, la incapacidad para heredar, la garantía en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato y la custodia y administración del patrimonio, cuando el titular del derecho no podía ejercer de manera constante y responsable la administración de sus bienes; sin embargo, no son estos los únicos antecedentes del contrato de fiducia mercantil. Para comprender su estructura, efectos y aplicación debemos remitirnos a su segunda fuente desarrollada en el sistema inglés bajo el modelo *the uses* y posteriormente del *trust* anglosajón.

#### **4.2.El derecho anglosajón.**

#### 4.2.1. *El common law y sus coyunturas*

Antes de entrar en el campo del derecho inglés es menester precisar que este ha estado influenciado por el *common law*, sistema caracterizado por su formación a partir de la costumbre y la jurisprudencia, pero no de la costumbre del pueblo, sino la costumbre de los jueces, creando así una casta de juristas que administraban justicia en nombre del rey.

Pese a ser el derecho romano la piedra angular del sistema jurídico moderno, encontramos que el derecho inglés se funda a partir de sus propias concepciones creando su propia unidad jurídica. Ahora bien, el *common law* atravesó una serie de coyunturas que obligaron a replantear el manejo del sistema en la medida en que surgieron disputas entre monarcas y feudales y se originó el dualismo entre el derecho positivo y la equidad, pues dichas situaciones dejaron al descubierto la imposibilidad de abordar en un solo sistema la evolución latente del derecho en su interacción con la sociedad y fue así como se fusionaron ambas jurisdicciones en la *Judicature Act*, dando prevalencia a la equidad frente al derecho positivo, pues las normas, aunque legítimas, podían resultar apreciablemente injustas al momento de su aplicación. (Arrubla Paucar, 2009, pág. 138)

Una vez referido lo anterior, es preciso acotar que, en el derecho anglosajón, los antecedentes de la fiducia mercantil se remontan también al derecho de propiedad y sus regulaciones, con la salvedad de que este sistema se desarrolla como respuesta a los conflictos entre comunidades religiosas y señores feudales o monarcas que no compartían los privilegios de orden contributivo otorgados al sector religioso, entre otras razones, porque no desempeñaban un papel activo en las guerras. Ante esta inconformidad los señores feudales buscaron erradicar el trato diferenciado y quitar los beneficios contributivos mencionados. Sin embargo, el propósito fue en vano y la disputa concluyó con el despojo de tierras a los religiosos y la prohibición de que adquirieran nuevos inmuebles, situación que se consolidó con la expedición del estatuto de manos muertas.

#### 4.2.2. *The uses*

En razón a la coyuntura referida, los religiosos buscaron alternativas jurídicas para sortear la prohibición legal de adquirir inmuebles y es así como nacen “*the uses*” a la vida jurídica y se consolidan los orígenes de la fiducia mercantil en el derecho el inglés.

En palabras de Arrubla (2009) entendemos por uses “la institución análoga a la fiducia que permitía a los religiosos adquirir bienes por intermedio de terceros, generalmente laicos amigos de aquellos, que recibían de ellos el dinero, pero adquirirían el bien a nombre propio”. (págs. 138-139)

La institución referida fue en principio acogida por los ingleses, sin embargo, advirtieron la necesidad de limitar sus efectos ordenando a través del “*Estatuto for uses*” que el titular de la propiedad siguiera siendo el adquirente, desdibujando así el propósito inicial que guardaba la figura, pues subsistía la imposibilidad de que el bien pasara a manos de comunidades religiosas.

Frente a este punto, el Tribunal de la Equidad alzó su voz resaltando los beneficios de los *uses* y los avances que generaba al derecho. Fue así como a través de casos reales y jurisprudencia logró acreditar su aplicación, evolucionando hasta el punto de desencadenar en otra figura denominada “*trust*”.

#### 4.2.3. *Trust.*

El significado etimológico de esta figura enmarca la connotación de confianza. Los *trust* se consolidan como el antecedente más relevante del derecho anglosajón respecto a la fiducia mercantil, caracterizándose por ser un sistema dualista de propiedad, a partir del cual coexistían dos propietarios, de una parte, el propietario legal o *trustee*, quien era el responsable frente a terceros y contaba con la potestad de disponer del derecho (vender, arrendar o hipotecar la “*trust property*” y de otra parte, el beneficiario o *cestui que trust* quien mantiene la propiedad emanada del derecho en equidad y se reputaba dueño ante

aquellos que conocían la existencia del trust y frente a los herederos del *trustee*. Ante esta dualidad de propietarios cabe resaltar que, aunque partían de dos fuentes de derecho adversas, el derecho positivo y el derecho en equidad, ambos poseían un derecho real sobre el bien objeto del contrato y este era oponible a terceros.

De lo mencionado hasta el momento podemos concluir que, la fiducia mercantil en el derecho anglosajón parte de dos instituciones, el *use* y el *trust*, y que la diferencia entre estos recae en que el primero fue desarrollado respecto a la tierra, entretanto, el segundo abarca todas las formas de propiedad, abriendo paso a la implementación de la fiducia en múltiples escenarios.

Una vez analizados los elementos esenciales del *trust* o la antigua fiducia, consideramos importante detenernos a analizar los sujetos que intervinieron en esta figura y relacionarlos con los que hoy intervienen en el contrato de fiducia mercantil. Por una parte, tenemos al constituyente o creador de la figura, conocido por ser quien transmite sus bienes a un tercero, llamado en su época creador, *trusto*, *settlor*, *fedeicomidente* y fiduciante en el régimen actual; acto seguido encontramos *the trust property*, que hace referencia a la propiedad (mercancías, bonos, pólizas de seguros, etc) hoy llamada fideicomiso. Por otra parte, tenemos al *trustee*, persona encargada de recibir y administrar la propiedad, conocido hoy como fiduciario y, por último, encontramos al *beneficiary* o *cestui que trust*, quien si bien no funge como parte en el negocio jurídico es el propietario en equidad, conocido hoy como beneficiario, persona que al ejecutar el contrato disfrutará de los bienes o de sus rendimientos según se consagre en el contrato. Es importante resaltar que, en principio solo las personas naturales podían fungir como fiduciarios, sin embargo, como lo veremos más adelante, con el tiempo esta calidad se extiende a las personas jurídicas y las sociedades fiduciarias.

La figura trust tomó auge en Reino Unido pues a partir de ella se encontraron soluciones a controversias jurídicas imprecisas, lo cual permitió la evolución del derecho comercial y

fue así como en 1893 nace *the trustee act*; compendio de decisiones legales que reconoce la aplicabilidad de los *trust* en sus diferentes modalidades.

- ***Clases de trust***

Autores de la época clasifican en *Trust* en dos categorías a saber: El *Trust* voluntario, que a su vez se divide en el *trust* expreso y en el *trust* implícito y el *trust* creado por ministerio de la ley, que a su vez se divide en *trust* interpretativos o *trust* resultante.

El *trust* expreso hace referencia al negocio jurídico que no da lugar a interpretaciones pues su objeto, limitación y alcance están bien definidos por el *settlor* (constituyente) en el contrato, situación contraria sucede con el *trust* implícito, pues en este caso debemos acudir a una interpretación teleológica y a las reglas del derecho en equidad para comprender la intención presunta de las partes al momento de pactar el acto, Por su parte, los *trust* creados por el derecho con independencia de la intención de las partes son de carácter imperativo, y hacen referencia a la posición fiduciaria que goza el propietario en equidad o el beneficiario, lo cual impide al *trustee* beneficiarse de los rendimientos o mejora del negocio. Por último, el *trust* resultante hace referencia a aquellos que se declaran en razón a las circunstancias de un caso concreto, tal es el caso de un regalo o donación.

En concordancia con lo anterior, cabe advertir que los *trust* también podían clasificarse según las condiciones que materializaban su ejecución, siendo el *trust* ejecutado, aquel que no necesitaba de actos complementarios y el *trust* por ejecutar, aquel que estaba sujeto a la verificación de un plazo o condición determinada antes de transmitir los bienes al beneficiario final.

Como se advirtió en líneas anteriores, el *trust* ha contribuido al desarrollo del derecho desde sus distintas ramas, tales como: el derecho sucesoral, pues los bienes del causante eran colocados en un *trust* para su administración y futuro reparto, el de derecho comercial,

cuando los *trust* de las compañías administraron el provecho económico de las acciones y, finalmente, en el derecho laboral, siendo los *trust* los fondos de cesantías y pensiones una de las manifestaciones más recientes de esta figura.

Una vez realizado el anterior recuento histórico podemos concluir que, el derecho no consiste en trasplantar una teoría de un ordenamiento jurídico a otro, pues como lo advertimos, cada figura puede tener un desarrollo diferente en razón al momento, la costumbre, creencias, idiosincrasia y necesidades de los pueblos. Fue así como la fiducia mercantil tuvo dos momentos, dos orígenes distintos, desarrollados en tiempos y espacios diversos con el fin de brindar soluciones a problemas propios de cada época.

En el derecho Romano los antecedentes de la fiducia parten de contratos bilaterales, mientras que, en el derecho anglosajón, el *trust* fue considerado como un negocio unilateral que permitía adquirir bienes por interpuesta persona y concebir la coexistencia de propietarios a partir de dos fuentes del derecho: el derecho positivo y el derecho en equidad. Es menester precisar en este punto la imposibilidad de concebir en el derecho Romano a dos propietarios frente a una misma cosa (propietario legal y propietario en equidad); lo anterior, en razón a que el *trust* refleja una particular concepción jurídica de la propiedad en donde se analiza no desde el punto de vista del objeto sobre el cual recae el derecho sino desde el beneficio económico que este puede aportar, siendo lo importante la función económica que la propiedad cumple. (García, 1998, pág. 37)

Lo anterior solo nos permite concluir que, el desarrollo normativo de una figura determinada depende del contexto histórico en el que se origine. Sin embargo, es preciso resaltar que el derecho comercial busca trascender fronteras y que para ello es necesario una construcción colectiva. En conclusión, todos los antecedentes analizados en líneas anteriores fueron necesarios para tener lo que hoy conocemos como contrato de fiducia mercantil.

### ***4.3. La fiducia en Colombia***

Con las concepciones previas podemos adentrarnos en el terreno de la fiducia mercantil y su desarrollo en Colombia. Lo primero será advertir que este contrato se desarrolla a partir de las doctrinas anglosajonas del *trust*.

#### ***4.3.1. La propiedad fiduciaria***

En Colombia, encontramos los antecedentes de la fiducia mercantil por primera vez en el Código Civil en su Título VIII artículo 794, donde se consagró la propiedad fiduciaria, como una limitación del derecho de dominio:

Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución.

#### **4.3.2. El encargo de confianza**

El encargo de confianza, fue conocido como una operación bancaria, consistente en tomar, aceptar y desempeñar encargos legalmente encomendados, entendiéndose como una especie de mandato que podía ser con o sin representación. La ley referida contempló las operaciones que podían realizar las secciones fiduciarias, las cuales se resumen en administrar los bienes de terceros hasta la verificación de una condición determinada, fungiendo entonces como albaceas, administradores, registradores de acciones y bienes, curadores de la herencia, mandatarios etc.

Posteriormente la ley 45 de 1990 en su artículo 6° prohibió a los establecimientos de crédito prestar servicios fiduciarios, en consecuencia, el estatuto orgánico del sistema

financiero, Decreto 663 de 1993 determinó que estos servicios fueran prestados por sociedades fiduciarias vigiladas por la superintendencia bancaria. Fue así como se crearon las filiales y se independizaron ciertas actividades financieras de otras meramente bancarias.

Si bien el encargo de confianza es un antecedente relevante en nuestro ordenamiento jurídico, debemos precisar que esta figura es diferente a lo que hoy conocemos por fiducia mercantil, la cual aparece hasta 1971 con el Código de Comercio como una figura típica.

La principal diferencia entre la fiducia mercantil y el encargo fiduciario radica en que en este último no existe una transferencia del derecho real de dominio y, por ende, tampoco se constituye un patrimonio autónomo. (García, 1998, pág. 37)

#### **4.3.3. Fiducia mercantil**

Actualmente, la fiducia mercantil está regulada en el artículo 1226 del código de comercio, siendo considerada como:

Un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Es importante resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, pueden fungir como fiduciarios.

Ahora bien, resulta imperativo resaltar el papel que ha jugado la jurisprudencia en el desarrollo del contrato de fiducia, diseñando junto con la doctrina y demás fuentes del derecho las directrices necesarias para darle una correcta aplicación a esta figura.

Como ya se ha advertido, el derecho es un proceso dinámico de construcción constante, razón por la cual, el derecho positivo no puede abordar por sí solo, todas las variantes de una institución específica. Ahora bien, para el caso de las ciencias sociales, resulta complejo diferenciar los aportes normativos, doctrinales y jurisprudenciales de una figura determinada, pues estos forman parte de una construcción armónica y dinámica. Sin embargo, es imposible pasar por alto los aportes que la jurisprudencia ha otorgado a la fiducia mercantil, desarrollando en sus sentencias su aplicación, ejecución, efectos e incongruencias, especialmente en lo referente al patrimonio autónomo, elemento que se caracteriza por su precario desarrollo normativo, lo cual es lamentable, cuandoquiera que se trata de un elemento indispensable para comprender los efectos del contrato de fiducia mercantil.

A la luz de la Sentencia 00579 de 2008, expedida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, encontramos que la definición de fiducia consagrada en el Código de Comercio trae inmersa la transferencia de derechos a un patrimonio autónomo, patrimonio que existirá hasta entonces se cumpla el objeto contractual plasmado en el contrato de fiducia. La propiedad transferida, y que estará en cabeza del patrimonio autónomo, podrá eventualmente regresar al haber del fiduciante o al patrimonio de un tercero beneficiario, razón por la cual no podemos predicar de este contrato una transferencia de derechos definitiva. De ahí la ineficacia predicada en el artículo 1244 del Código de Comercio: “será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos”.

Ha sido también reiterativa la jurisprudencia en afirmar que, en el negocio jurídico de fiducia mercantil se consideran partes el fiduciante o fideicomitente y el fiduciario, dejando al beneficiario como un tercero, cuya previsión por las partes ni siquiera constituye un elemento *sine qua non* para la constitución, existencia, validez o eficacia del contrato. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 00310-01, 2009)

En este punto consideramos importante traer a colación los tipos de fiducia que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico: fiducia de inversión, inmobiliaria, administrativa y en garantía. En la primera, una persona transfiere bienes para que otra los invierta y logre una rentabilidad; en la segunda, se entrega un bien inmueble con el fin de concretar un proyecto de construcción; en la tercera se entrega un bien o bienes, con o sin transferencia de la propiedad para que cumpla con los fines estipulados en un contrato; y, en la cuarta, se constituye una fiducia sobre un bien determinado con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias del fideicomitente o de terceros, a favor de uno o varios acreedores. (ASOFIDUCIARIAS, 2016)

Además, es menester resaltar que, dentro de la actividad fiduciaria existen tres tipos de contratos: el encargo fiduciario, la fiducia mercantil y la fiducia pública. Para efectos de este proyecto solo nos enfocaremos en el segundo, el contrato de fiducia mercantil, pues será este el que abordaremos junto con el contrato de cuentas en participación para encontrar las problemáticas resultantes en la ejecución de estos negocios y sus posibles soluciones jurídicas.

### ***5. Antecedentes del contrato de cuentas en participación***

Para acercarnos a la definición del contrato de cuentas en participación debemos analizar varias fuentes del derecho y en especial la evolución de esta figura, pues al igual que el contrato de fiducia mercantil su origen se remonta a la antigüedad. Ahora bien, a simple vista podemos concluir que se trata de un contrato de colaboración económica en el cual un sujeto actúa aparentemente por su propia cuenta, fungiendo, así como único responsable frente a terceros. La connotación de “aparentemente” obedece a que en realidad el sujeto no actúa por su propia cuenta, pues existe una parte denominada partícipe oculto, quien se encarga de realizar un aporte al partícipe activo para que este inicie una

actividad comercial determinada, compartiendo las pérdidas y ganancias que resulten de dicho negocio jurídico.

Ahora bien, antes de profundizar en el estudio de esta figura podemos considerar la definición que frente a este contrato realiza Diana Marcela Ortiz Tovar, quien precisa que:

Las cuentas en participación, corresponden a un contrato típico, nominado y bilateral, en donde una de las partes se denomina partícipe o socio activo, quien en el desarrollo de su autonomía, se obliga a ejecutar operaciones mercantiles bajo su cuenta y riesgo, con la otra parte denominada, partícipe o socio oculto, la cual se compromete sólo a aportar bienes para el ejercicio de las actividades objeto del contrato; vencido el término o negocio encomendado, se distribuyen las utilidades o pérdidas, entre las partes, previa la rendición de cuentas realizada por el partícipe activo. (El contrato de cuentas en participación, 2017, pág. 20)

Una vez precisado lo anterior procederemos a realizar un recuento histórico de las cuentas en participación:

### ***5.1. Babilonia y el Imperio Romano***

Aunque se suele decir que el contrato de cuentas en participación tiene su origen en el imperio romano, sus antecedentes más primitivos los podríamos encontrar en Babilonia, Estado regulado por la Ley del Tali3n o el C3digo Hammurabi, ya que los babilonios tenían figuras parecidas a las que hoy conocemos como el arriendo, pr3stamo, compraventa y en sus art3culos 100 al 107 un contrato que pod3a considerarse de car3cter asociativo donde una sola de las partes ten3a contacto con terceros.

El art3culo 100 del C3digo Hammurabi dictaba:

*Si un negociante dio a un delegado dinero para vender (prestar a inter3s) y comprar y lo puso en ruta (lo design3 viajante), el comisionista en viaje har3*

*fructificar la plata que se le ha confiado... ... si en el lugar de destino obtuvo beneficios sumará los intereses y lo que ha recibido, deducirá los gastos de sus días de viaje, y pagará a su negociante.*

Ahora bien, también se puede llegar a pensar que los inicios del contrato de cuentas en participación descansan en la Antigua Grecia, pues los griegos ya realizaban ciertas convenciones para crear asociaciones, solo que estas no estaban reguladas por alguna norma, sino que dependían solamente de la voluntad y criterio de las personas para crearlas y definir su fin y forma.

Es menester recordar que los antiguos griegos eran personas intelectuales, dándole mucha importancia al conocimiento y la organización, lo cual permite deducir que, sin nombrar los contratos de cuentas en participación, tuvieran figuras parecidas con el fin de organizar la asociación entre unos y otros.

Posteriormente, en el Imperio Romano tenemos una figura muy parecida al contrato en referencia, pues estaba mal visto que las clases altas estuvieran involucradas en actividades mercantiles y, por lo tanto, debían crear asociaciones donde una tercera persona de un estatus social más bajo fuera la cara de la actividad mercantil mientras ellos quedaban en la sombra del negocio (Carvalho Betancur, 2002, pág. 141).

Para la época existían varios desacuerdos entre los patricios y plebeyos, los segundos empezaron a manifestarse a causa de la complejidad de la formulación de las leyes y el poco entendimiento de ellas por parte de estos, ya que los primeros a la hora de crear las leyes que regulan su sociedad lo hacían de manera tan compleja que para el pueblo resultaba casi imposible interpretarlas. De igual manera pasaba con el comercio y las actividades mercantiles, los adinerados buscaban siempre la manera de sacar provecho sin que los menos favorecidos entendieran la realidad de la situación y, así, para poder estar

envueltos, colocaban a una persona menos privilegiada o de una clase social más baja para que fuera la imagen de la actividad comercial.

### ***5.2.Las commendas***

Durante el medioevo aparecen grandes compañías marítimas y bancos, con el fin de establecer una cooperación entre un *tratactor* o viajero comerciante y un *commendator* o inversor se crea la *commenda*, que constituye un antecedente importante para el contrato de cuentas en participación y las sociedades comanditarias, pues brindaba la oportunidad al *commendator* de dar un aporte patrimonial al *tratactor* para que realizara su viaje y las ganancias de la expedición marítima fueran entregadas al regresar.

Como expresa Garrigues (1953, pág. 183): “sociedad comanditaria y cuentas en participación descansan en el mismo fundamento económico, ambas conceden a un capitalista la posibilidad de participar con un aporte patrimonial en el negocio mercantil dirigido por otro”.

La *commenda* es el precedente histórico del carácter oculto de las cuentas en participación, dicho beneficio originaba un gran interés y creaba una significativa acogida por los capitalistas de toda Europa, siendo adoptada por otros países con diferentes nombres, *participatio*, *compagina secreta* en Italia, *conta d'amentade* en Portugal, *sociedad oculta* en Alemania y *sociète anonyme* en Francia (Arrubla Paucar, 2008, págs. 433-434).

El *commendator* siempre permanecía sin dar a conocer su identidad y normalmente lo hacía por problemas entre las clases sociales como en el Imperio Romano, por lo tanto, el *tratactor* era el único que tenía contacto con terceros, sometiéndose a la posibilidad de que la expedición fracasara sin poder realizar algún reclamo por el aporte económico invertido.

Esta característica le daba al gestor el beneficio de incrementar su patrimonio sin tener que pagar intereses o devolver el aporte económico invertido por el partícipe oculto.

### ***5.3. Código Prusiano***

Después de la *commenda*, otro antecedente histórico importante del contrato de cuentas en participación se encuentra en el código prusiano del año 1794, dicho código contenía la descripción de una “sociedad oculta”, esta consistía en una relación contractual entre una persona no comerciante con otra que si lo era, con el fin de que la segunda ingresara el aporte económico de la persona no comerciante al patrimonio de sus quehaceres empresariales y le entregara las utilidades que surgieran (Pérez Hoyos, 2011, págs. 173-200).

### ***5.4. Antecedentes legislativos en Europa.***

#### ***5.4.1. Francia***

En Europa, el contrato de cuentas en participación surgió por la necesidad de controlar la competencia entre los comerciantes por los precios de los productos, de modo que establecieron un precio y designaron a una sola persona para que se encargara de la venta de los productos con el fin de ganar todos por igual a la hora de recibir las utilidades (Richard, 2008, págs. 1081-1136).

El primer código mercantil aparece con las Ordenanzas del Comercio Terrestre en 1673 y las del Comercio Marítimo en 1681 durante el reino de Luis XIV, fundamento principal para la creación del Código de Comercio Francés bajo la autoridad de Napoleón, el cual fue propuesto desde 1801 y terminado en 1807, empezando a regir el 1 de enero de 1808, el cual introdujo la “*association commerciale en participation*”, consecuente de las “*societades occultas o no ostensibles*” que ya existían en Francia, antecedentes ambos del

contrato de cuentas en participación. Este código no realizaba una reforma de fondo, sino que era la codificación de las normas preexistentes para entonces; además, fue un fundamento importante para la aparición de otros códigos de comercio en toda Europa.

En 1921 hubo una reforma al Código de Comercio, adicionando tres tipos de sociedades: la primera la Sociedad en Comandita, la segunda la Sociedad en Nombre Colectivo y por último la Sociedad Anónima, estableciendo en su artículo 44 su carácter de sociedad oculta, sin necesidad de formalidades. Luego, en 1966, aparece la “*sociedad en participación*” determinando que frente a terceros los bienes aportados por los partícipes ocultos seguirían siendo de su propiedad y no como ahora que pasan a ser del gestor.

#### **5.4.2. España**

Después del Código de Comercio francés, otro antecedente importante del contrato de cuentas en participación se encuentra en el Código de Comercio Español de 1829 el cual contenía en sus artículos 354 al 358 la “*sociedad accidental o cuentas en participación*” declarando así su carácter de sociedad.

En la actualidad española, el contrato estudiado se encuentra desde el artículo 239 hasta el 243 del Código de Comercio, los cuales dictan que no se necesitan solemnidades para su formación, se puede realizar de manera escrita o de palabra y aclarando que el gestor será el encargado de liquidar las operaciones y las personas que contraten con este, solo tendrán acciones frente a él.

#### **5.4.3. Alemania**

En Alemania, se encuentra un precedente del contrato en el Código Alemán de 1861 (Pérez Hoyos, 2011, págs. 173- 177), el cual fue acogido por los gobiernos que conformarían la Confederación Germánica, expandiendo así esta figura en los 39 Estados participantes. Hoy en día en Alemania se denomina “*Stille Gesellschaft*” o sociedad

secreta y está consagrado en los artículos 795 del Bürgerliches Gesetzbuch BGB (Código Civil Alemán) y 230, 231, 233 y 234 de *Handelsgesetzbuch HGB* (Código de Comercio Alemán). Estas normas, igual que en el Derecho Español, brindan mucha libertad a los contratos para convenir la creación de la sociedad de manera escrita u oral y sin necesidad de requisitos formales.

#### **5.4.4. Italia**

El Código Italiano de 1882, incluyó esta figura en sus artículos 233 al 248 y permitiendo que pudiera darse también entre personas no comerciantes. Luego, en el Siglo XX se consagra la “*asociación en participación*” en el Código Italiano, la cual indicó que el partícipe podría invertir en una o varias operaciones de una empresa quedando la responsabilidad frente a terceros solo del gestor para finalmente integrar en el actual Código Civil en el artículo 2549 las cuentas en participación. En el 2003 se expidió el Decreto Legislativo 06 que crea un nuevo beneficio para el partícipe, pues reparte entre ambos socios los riesgos de las pérdidas.

### **6. Derecho comparado. Legislaciones en América Latina**

A continuación, con la intención de comprender los diferentes significados que se le han atribuido al contrato de cuentas en participación, se realizó un pequeño, pero importante estudio, sobre esta figura en algunos países de América Latina, antes de entrar a estudiar la legislación colombiana.

En América Latina las cuentas en participación se encuentran denominadas como sociedades accidentales o en participación en Argentina, asociaciones de participación o negocio en participación en México, Uruguay, Brasil y Venezuela y asociación o cuentas de participación en Chile y Ecuador, Colombia y Perú. (Arrubla Paucar, 2008, pág. 434).

### ***6.1. Chile***

Las cuentas en participación se encuentran en el artículo 507 y siguientes del Código de Comercio Chileno:

Artículo 507. La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

En esta legislación consagra que el contrato no está sometido a requisitos formales y solemnidades, indicando que el objeto, forma y obligaciones estarán bajo la autonomía de las partes; además, con respecto al patrimonio, en Chile no se crea uno común y se predicara único dueño del negocio al gestor. Así mismo, los terceros solo tendrán acciones contra el administrador, es decir, el gestor, y los partícipes tampoco las tendrán contra terceros.

Una anotación importante en Chile es que en su artículo 511, consagra que de las cuentas en participación devienen los mismos derechos y obligaciones de las demás sociedades mercantiles.

### ***6.2. Argentina.***

Como ya se mencionó anteriormente, en Argentina el contrato de cuentas en participación recibe el nombre de sociedad accidental o en participación y se encuentra regulada en el artículo 361 de la Ley 19550 también denominada Ley General de Sociedades según la cual: “Su objeto es la realización de una o más operaciones

determinadas y transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del socio gestor”.

En esta codificación también se estipuló que no necesita de requisitos formales, que el gestor es el único responsable frente a terceros y que las pérdidas que afectaren al partícipe solo serán hasta el mismo monto de su aporte.

### ***6.3. Perú.***

En Perú, las cuentas en participación se entienden como “asociación” y se consagra en el artículo 440 de la Ley General de Sociedades, mismo nombre que recibe la ley en Argentina. Este artículo dicta: “Es el contrato por el cual una persona, denominada asociante concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución”.

Como se puede ver en la definición peruana, la denominación de las partes cambia, llamando al gestor asociante y al partícipe asociado. De igual manera, las características de esta asociación son las mismas que en Argentina y Chile.

### ***6.4. México.***

La Ley general de Sociedades Mercantiles de México contiene en su artículo 252 y siguientes las normas que regulan la asociación en: “La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio”.

Los mexicanos denominan a las partes igual que los peruanos, así mismo determinan la asociación en participación no tiene personalidad jurídica, que debe constar obligatoriamente por escrito y no estará sujeta a registro. Al mismo tiempo, se establece esta legislación que la responsabilidad estará en cabeza del asociante como llaman ellos al gestor y los bienes aportados serán de propiedad igualmente de este último.

### ***6.5. Venezuela***

El Código de Comercio en su sección XII artículo 359 declara: “La asociación en participación es aquella en que un comerciante o una compañía mercantil, da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todas las de su comercio”.

Los legisladores venezolanos también permitieron que las personas no comerciantes también pudieran hacer uso de esta asociación. También, manifestaron que la propiedad de los bienes estaría a cargo del gestor y los terceros solo tendrían acciones en contra de este y no de los partícipes. En Venezuela están exentas de formalidades, pero deben constar por escrito.

Con todo y lo anterior, la mayoría de los países permiten su creación sin tener que constar por escrito, a excepción de México y Venezuela que, aunque lo consideran un contrato solemne, tampoco necesita de registro. Al mismo tiempo, ninguna de las legislaciones mencionadas les atribuye a las cuentas en participación la característica de crear una sociedad con personalidad jurídica como si ocurre con el resto de las sociedades mercantiles.

## **CAPITULO 2. CARACTERIZACIÓN DE LOS CONTRATOS.**

### ***7. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL***

#### ***7.1. Definición y características.***

La fiducia mercantil es un contrato típico regulado en el artículo 1226 y subsiguientes del Código de Comercio. A partir de este acto jurídico, una persona denominada fiduciante transmite al fiduciario unos bienes determinados con el fin de que esta los administre o los comprometa a un fin específico, ya sea en beneficio del constituyente o de un tercero beneficiario designado por este.

Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida. Para todos los efectos, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del patrimonio del administrador y de los que pertenezcan a otros negocios fiduciarios, formando así un patrimonio autónomo, cuya administración y manejo recae sobre el fiduciario.

El contrato de fiducia se caracteriza por su instrumentalidad, pues el mismo se cataloga como un medio para alcanzar un fin determinado. (García, 1998, pág. 79)

La intervención del fiduciario es transitoria. En razón a dicha temporalidad el legislador ha impuesto un límite de 20 años y ha catalogado de ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente en virtud del negocio, el dominio de los bienes fideicomitidos. (Código de Comercio, artículo 1244)

Respecto al fiduciario cabe acotar dos elementos distintivos, siendo el primero que su labor debe ser remunerada y el segundo la calidad que debe acreditar quien funja como tal, pues debe ser un establecimiento de crédito o sociedad fiduciaria vigilada por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia financiera. (Decreto 4327 de 2005)

En nuestra legislación están prohibidos los negocios fiduciarios secretos y aquellos en los que se conciben dos beneficiarios de manera simultánea. (Código de Comercio, artículo 1230)

### ***7.2. Función económica.***

En la lengua castellana *fiducia* traduce confianza, siendo precisamente ese el requisito esencial y natural de este negocio jurídico, pues en términos generales el objeto de este contrato es administrar los bienes de un tercero, lo cual implica confiar en el comportamiento de aquel a quien se le hace el encargo.

Como vimos en renglones anteriores, los antecedentes a la fiducia buscaron solucionar los problemas de la época. Actualmente, la fiducia, catalogada como un contrato típico en nuestro ordenamiento jurídico, refleja múltiples campos de aplicación, brindando en cada uno de estos la confianza y seguridad que el objeto contractual requiere.

El contrato de fiducia es empleado por empresarios y particulares con el propósito de blindar sus operaciones mercantiles. La utilidad práctica de la figura se refleja en escenarios como la administración de bienes, el encargo de inversiones, la ejecución de negocios de garantía, la emisión de bonos por cuenta de una fiducia mercantil, la administración de fondos de pensiones y un largo etcétera.

En razón a lo anterior, podemos concluir que la función económica de este contrato reside en “otorgar confianza a las partes para realizar sus negocios jurídicos”. La confianza referida se pregona de la especialidad de la fiduciaria como entidad financiera y de la vigilancia que sobre esta hacen las entidades estatales (Superintendencia financiera). (Arrubla Paucar, 2009, pág. 146)

Como prueba de la diligencia en la gestión encomendada encontramos la figura del patrimonio autónomo, elemento indispensable para cumplir con el propósito perseguido

por esta figura, pues su presencia garantiza la separación de patrimonios y la ejecución exclusiva del objeto contractual en la forma prevista por el constituyente.

### **7.3.Partes**

Desde una visión restringida del concepto de parte, entendiendo esta como aquel sujeto *sine qua non* para la constitución del acto jurídico, podemos concluir que en el contrato de fiducia mercantil solo son dos los sujetos contratantes: El fiduciante o constituyente y el fiduciario.

Sin embargo, para una mayor comprensión de la figura analizada, abordaremos también el papel del beneficiario, quien es considerado un tercero interviniente en la figura contractual referida.

Ahora bien, es importante aclarar que la presencia de los tres no es indispensable para la celebración del negocio jurídico, puesto que el contrato en cuestión no genera obligaciones para los tres. Hecha esta precisión, procederemos a analizar el papel de cada uno (Rodríguez Azuero, 2017, pág. 229):

#### **a) *El fiduciante, fideicomitente o constituyente:***

Es la persona interesada en realizar una operación determinada a través de una fiducia mercantil, para lo cual transmitirá el derecho real de dominio a un tercero denominado fiduciario.

En nuestro ordenamiento jurídico, las personas naturales y las jurídicas, estas últimas tanto de derecho público como privado, pueden fungir como fiduciantes.

#### **b) *El fiduciario:***

Si bien en la antigüedad solo las personas naturales tenían la capacidad de fungir como fiduciarios, en el derecho moderno solo las personas jurídicas catalogadas como establecimientos de crédito o sociedades fiduciarias pueden ostentar dicha calidad.

Se entiende por fiduciario el ente jurídico autorizado por el Estado para actuar como tal, cuya función es percibir los bienes fideicomitidos y consumir la finalidad señalada en el contrato, es decir, administrarlos, enajenarlos o esperar el cumplimiento de una condición para actuar conforme al pacto suscrito.

Es menester señalar en este punto que, si bien el fiduciario percibe los bienes fideicomitidos, estos no entraran a su haber, pues con la celebración del acto se crea un patrimonio autónomo, cuya representación si está a cargo de la fiduciaria.

**c) *El Fideicomisario o beneficiario:***

Para Rodríguez (2017) tiene la calidad de beneficiario el sujeto que percibe los frutos derivados del contrato y eventualmente los bienes fideicomitidos, teniendo en cuenta que en casos determinados el beneficiario puede ser el mismo fiduciante (pág. 250) Es importante considerar que el límite y los alcances de los beneficios otorgados al fideicomisario deben consagrarse taxativamente en el acto jurídico (fiducia mercantil).

Es preciso resaltar que el beneficiario no es parte del contrato, ya que su presencia no determina la existencia del convenio, pero si debe ser un sujeto determinable, pues tener certeza sobre quien ostentará dicha calidad permitirá cumplir la finalidad prevista en el negocio jurídico.

No encontramos limitaciones para ostentar la calidad de fideicomisarios, pues toda persona con capacidad de goce podrá fungir como tal, salvo que se encuentre inhabilitado por la ley para recibir los bienes fideicomitidos. Lo anterior, en razón a que el derecho moderno prohíbe la utilización de la figura para consumir negocios prohibidos, quedando

así en desuso el objeto perseguido con el fideicomiso de la antigua Roma. (Rodríguez Azuero, 2017, pág. 250)

La calidad de beneficiario no puede otorgarse a varias personas de manera sucesiva, pues de ser así constituiría un negocio prohibido. (Código de Comercio, artículo 1230)

Es importante resaltar, que el constituyente puede también fungir como beneficiario, razón por la cual es dable pensar que los bienes fideicomitidos pueden regresar al patrimonio del constituyente, si así se pactó en el acto jurídico.

#### ***7.4. Objeto***

Se entiende por objeto, el derecho o la obligación sobre el cual recae el vínculo contractual. Así las cosas, en el contrato de compraventa el objeto será la cosa vendida.

Para el caso que nos atañe, encontramos que el objeto del contrato de fiducia mercantil puede versar sobre toda clase de bienes y derechos, excluyendo de estos, aquellos personalísimos como la vida, la integridad corporal, la identidad, la intimidad, el honor y la fama, es decir, aquellos derechos originarios, universales, subjetivos, privados, absolutos y extrapatrimoniales que no son susceptibles de enajenación alguna. (Rodríguez Azuero, 2017, pág. 201)

De lo anterior podemos concluir que, pueden ser objeto del contrato de fiducia mercantil tanto los bienes corporales como incorporeales, entendiendo los primeros como aquellas cosas susceptibles de percepción sensorial, es decir, bienes muebles (dinero, libro, barco) o inmuebles (casa, finca, lote) y los segundos, derechos reales (dominio, hipoteca, prenda) y personales (créditos).

A diferencia de otras legislaciones como la Argentina, en nuestro país solo está avalada la enajenación de bienes singulares, es decir, se prohíbe la transferencia de universalidades,

razón por la cual, el objeto del contrato de fiducia mercantil solo puede versar sobre bienes determinados. (Rodríguez Azuero, 2017, pág. 201)

Aunado a lo anterior, es preciso acotar que el administrador está en la obligación de velar por la conservación de la cosa transferida, teniendo derecho al reintegro de los gastos derivados de su mantenimiento y la obligación de responder por su pérdida o deterioro. (Código Civil, Artículo 1867)

### 7.5. Características

Los negocios jurídicos son clasificados según las particularidades que presentan. El contrato de fiducia mercantil puede clasificarse así:

- a) **Contrato nominado:** Es un contrato nominado pues posee una designación (*nomen iure*) establecida en nuestra legislación que permite su distinción y referencia.
- b) **Contrato típico:** Es un contrato típico pues le asisten un conjunto de normas aplicables y se encuentra regulado en los artículos 1226 y subsiguientes del Código de Comercio.
- c) **Contrato generalmente solemne y eventualmente consensual:** El contrato de fiducia se cataloga como solemne y la solemnidad recae en la necesidad de constituirse por escritura pública. Se puede constituir por acto entre vivos o por testamento, siendo también solemne en este caso.

La connotación de consensual se deriva de lo consagrado en el inciso 1 del artículo 16 de la (Ley 35, 1993) al exonerar la solemnidad de escritura pública en los casos que mediante norma lo decreta el gobierno nacional.

A simple vista resulta improcedente dicha atribución, teniendo en cuenta además que genera inseguridad jurídica para los contratantes, pues plantea una excepción de manera superflua e indeterminada.

- d) Contrato bilateral:** En el contrato de fiducia mercantil todas las partes que intervienen en su constitución adquieren obligaciones contractuales. Es preciso acotar que en este negocio jurídico pueden intervenir tres sujetos, pero solo dos de estos son catalogados como partes en *strictu sensu*: fiduciante y fiduciario. El beneficiario, tiene la calidad de tercero interviniente, razón por la cual no tiene obligaciones a su cargo, pero si es titular de derechos.
- e) Contrato de colaboración:** Las partes buscan un interés común y para alcanzarlo se comprometen a ejecutar unas obligaciones determinadas.
- f) Contrato oneroso:** El contrato genera beneficios para las partes de en el intervienen.
- g) Contrato principal:** Para su existencia no requiere de la presencia de otro contrato.
- h) Contrato de tracto sucesivo:** Las obligaciones adquiridas se ejecutan en varios momentos.

### ***7.6.Efectos jurídicos de la fiducia mercantil***

Son efectos jurídicos del contrato de fiducia mercantil las consecuencias derivadas de la ejecución del acto y los derechos y obligaciones que adquieren las partes que en el intervienen, algunas resultas del negocio se limitan a la esfera inter-partes del contrato, otros por su parte, son oponibles a terceros, claro está, siempre y cuando el acto goce de publicidad y registro.

De la celebración del contrato de fiducia mercantil podemos resaltar los siguientes efectos: La creación de un patrimonio autónomo, la representación de dicho patrimonio por el fiduciario, el derecho de persecución de los acreedores frente a los bienes fideicomitidos cuando la obligación es anterior a la constitución de la fiducia, las obligaciones de las partes y los derechos de las partes e intervinientes.

### **7.6.1. El patrimonio autónomo**

Como se ha precisado a lo largo de este trabajo, la fiducia mercantil acarrea la transferencia de derechos, pasando los bienes del fiduciante al fiduciario, quien a partir de la ejecución del contrato asumirá la administración de estos. Sin embargo, la transferencia de derechos se caracteriza por ser restringida, pues el fiduciario no puede disponer libremente de los bienes fideicomitidos, por el contrario, debe limitar su alcance a la finalidad consagrada en el acto jurídico.

Aunado a lo anterior, los bienes fideicomitidos no pueden ingresar a la prenda general de los acreedores del fiduciario, es decir, no hacen parte de su patrimonio, pues de hacerlo podrían ser objeto de persecución por parte de los acreedores del fiduciario ante la existencia de obligaciones insolutas a cargo del este.

Ante este panorama encontramos tres particularidades: los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fiduciante, estamos frente a una transferencia de derechos y los bienes transferidos no pueden ingresar al patrimonio de la fiduciaria. Así las cosas, para blindar los bienes fideicomitidos la solución fue acudir a la institución del **patrimonio autónomo**, siendo este desde nuestra perspectiva, el efecto prístino del negocio fiduciario. Así las cosas, la creación de un patrimonio independiente permite blindar los bienes fideicomitidos, obstaculizando la intervención de terceros en su persecución.

- **Características del patrimonio autónomo**

El patrimonio autónomo presenta las siguientes características:

- El patrimonio autónomo está compuesto por los bienes fideicomitidos.
- Persigue una finalidad específica.
- Carece de personalidad.

- Es administrado por el ente fiduciario, quien es su titular.
- La fiducia no adquiere de manera definitiva los bienes fideicomitidos.
- No integra la prenda general de los acreedores del fiduciante, fiduciario y beneficiario (precisando que los bienes fideicomitidos pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante en casos específicos, cuyo análisis será objeto de otro capítulo).

- ***La Representación del patrimonio autónomo***

Teniendo en cuenta que, la representación es propia de las personas naturales o jurídicas y que el patrimonio autónomo en definitiva no presenta esta calidad, un amplio sector de la doctrina se ha inclinado por la hipótesis bajo la cual el patrimonio autónomo no puede ser representado por el fiduciario. Otro sector considera que, al ser este el titular de los bienes fideicomitidos debe actuar ante terceros en nombre propio, bajo calidad de dueño y no de representante. (García, 1998, pág. 93). Sin embargo, avalar esta hipótesis comprometería el patrimonio del administrador y desconocería la separación de patrimonios propio de esta modalidad contractual.

Desde nuestra postura, el derecho requiere de una actualización constante para adaptarse a las necesidades sociales, razón por la cual, las instituciones jurídicas deben transformarse para mantener su aplicabilidad en el tiempo. De lo referido hasta el momento respecto al contrato de fiducia mercantil, podemos predicar lo inaceptable que resulta afirmar que el fiduciario actuará en nombre propio en los negocios que recaigan sobre el patrimonio autónomo constituido, pues esto desconocería la finalidad misma del contrato estudiado. El fiduciario debe actuar en representación del patrimonio autónomo y debe plasmar dicha circunstancia en cada uno de los actos que celebre con terceros, sin que para ello sea un obstáculo que el patrimonio autónomo no tenga la calidad de persona, más aún si consideramos que, aunque no ostenta dicha calidad, según García (1998): “tiene derechos

y obligaciones, puede demandar y ser demandado y actúa por medio de su titular que es el fiduciario” (pág. 98)

De esta manera, la fiduciaria, como titular de los bienes transferidos, debe asumir su administración y, por ende, ejercer la representación del patrimonio autónomo, asignación que en todo caso será restringida, pues como se advirtió en líneas anteriores, el fiduciario no puede disponer libremente de los bienes transferidos ya que estos persiguen una finalidad específica.

Así las cosas, el fiduciario fungirá como representante del patrimonio autónomo y en su nombre tendrá la potestad de adelantar actos de administración, cosa distinta sucede cuando son fiduciante o beneficiario los que adelantan acciones que ponen en entredicho la gestión realizada por el fiduciario, pues en este caso el fiduciario acudiría al proceso en calidad de parte y responderá con su patrimonio propio por las afecciones decretadas en virtud de su actuar.

### **7.6.2. Persecución de los bienes fideicomitidos**

Los efectos jurídicos de un negocio jurídico determinado pueden provenir de imperativos legales, como el contenido en el artículo 1238 del código de comercio:

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 fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados.

El artículo en cuestión otorga a los acreedores del fiduciante la posibilidad de perseguir los bienes fideicomitidos si su crédito se constituyó con antelación al negocio fiduciario. Así las cosas, la norma incorpora un efecto jurídico al contrato de fiducia, que a su vez

constituye una excepción al hecho de que el patrimonio autónomo no podrá ser prenda general de los acreedores de las partes.

Frente a este asunto volveremos más adelante, pues es nuestra intención profundizar sobre las controversias derivadas de este contrato y plasmar las acciones o herramientas jurídicas que permitan subsanar los yerros encontrados.

### **7.6.3. *Obligaciones de las partes***

Son las obligaciones derivadas del contrato el efecto jurídico común en todo negocio jurídico. Si entendemos la connotación de obligación como el compromiso de dar, hacer o no hacer una cosa determinada, debemos precisar que esta carga obedece a la contraprestación de un derecho que vamos a adquirir con la suscripción del acto, es decir, lo que para una de las partes es una obligación para la otra constituye un derecho.

En la fiducia mercantil son dos las partes intervinientes en la constitución del negocio jurídico: Fiduciante y Fiduciario, procederemos entonces a enunciar las obligaciones que adquiridas por estas:

- ***Obligaciones del fiduciante:***

Son dos las obligaciones principales del fiduciante o fideicomitente: La entrega de los bienes fideicomitados y el pago de los honorarios al fiduciario. Al ser esta parte la constituyente del acto, encontramos que del cumplimiento de sus obligaciones depende la constitución del contrato.

- ***Obligaciones del fiduciario:***

Quien ostente la calidad de fiduciario deberá asumir entre otras las siguientes obligaciones: Representar el patrimonio autónomo; administrar los bienes en la forma prevista; mantener los bienes fideicomitados separados del resto de sus activos; realizar un inventario y prestar caución; no delegar sus funciones a terceros; velar por el rendimiento

de la cosa fideicomitida; mantener la confidencialidad del acto; rendir cuentas; reflejar cuidado y pericia en sus diligencias; emprender las acciones necesarias para alcanzar la finalidad prevista con la fiducia; responder por el manejo de los bienes fideicomitidos y transferir el encargo a quien corresponda en el momento previsto en el contrato. (Código de Comercio, artículos 1231 y 1234)

#### ***7.6.4. Derechos derivados del contrato de fiducia mercantil***

En este punto abordaremos los derechos de las partes que intervienen en el contrato de fiducia mercantil. Asimismo, mencionaremos los derechos del beneficiario, quien funge como tercero interviniente y sin ser parte del negocio jurídico, es titular de derechos que por Ministerio de la ley o en virtud del contrato le fueron otorgados.

- ***Derechos del fiduciante***

En ejercicio de sus derechos el fiduciante podrá: revocar el fideicomiso; exigir la rendición de cuentas; solicitar la remoción del fiduciario y designar a uno nuevo; ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario; exigir la correcta administración de los bienes fideicomitidos; obtener la devolución de lo transferido en virtud de la fiducia y demás derechos consagrados en la ley o el contrato. (Código de Comercio, artículo 1236)

- ***Derechos del fiduciario:***

Se consideran derechos del fiduciario los siguientes: Recibir la remuneración pactada; obtener el reembolso de los dineros gastados en beneficio del fideicomiso y abandonar su cargo, previa autorización de la Superintendencia Financiera.

- ***Derechos del beneficiario:***

Sin perjuicio de los derechos consagrados en la ley, el beneficiario, tendrá entre otros los siguientes derechos: Solicitar la rendición de cuentas e informes periódicos; solicitar la remoción del fiduciario; exigir el cumplimiento del objeto contractual; emprender acciones

de responsabilidad contra el fiduciario; oponerse a las medidas cautelares de los bienes fideicomitidos; obtener la restitución del bien fideicomitado una vez concluida la fiducia e impugnar los actos anulables. (Código de Comercio, artículo 1235)

### ***7.7.Responsabilidad del administrador***

En la fiducia mercantil funge como administrador la entidad fiduciaria, razón por la cual sobre sí recae la responsabilidad derivada del negocio jurídico. Conforme a lo estipulado en el artículo 1243 del código de comercio: “El fiduciario responderá hasta por la culpa leve en el cumplimiento de su gestión” Lo anterior implica actuar con esmerada diligencia en el asunto encomendado so pena de verse inmerso en un proceso judicial.

La responsabilidad de un fiduciario puede devenir de múltiples fuentes, dependiendo en todo caso de la norma que trasgreda con su conducta, podemos estar frente a los siguientes regímenes de responsabilidad: Responsabilidad penal, civil, fiscal, disciplinaria, administrativa o tributaria. (Rodríguez Azuero, 2017, págs. 350-352)

### ***7.8.Terminación del contrato***

El contrato de fiducia mercantil expirará cuando se configure alguna de las siguientes causales: por la ejecución del contrato en los términos pactados; por tornarse imposible la ejecución del objeto contractual; por cumplimiento del término contractual o configuración del plazo legal (20 años); por muerte del fiduciante o del beneficiario; por disolución de la sociedad fiduciaria; por declararse la nulidad del contrato; por renuncia a los beneficios; por mutuo acuerdo entre las partes; por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario y por revocatoria del fiduciante. (Código de Comercio, artículo 1240)

## **8. CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN**

### **8.1. Definición y características**

El concepto se encuentra consagrado en el artículo 507 del Código de Comercio y puede que a causa del recuento histórico y las definiciones que le brindan otras legislaciones estudiadas en el capítulo anterior, se tenga una noción previa sobre que son las cuentas en participación, pero para aproximarnos a la definición exacta y completa del contrato, es menester estudiar las nociones que tienen algunos doctrinantes al respecto:

Según el jurista Arrubla Paucar (2008, pág. 436) “*la participación es una manera jurídica para que algunas personas puedan participar en los negocios de otras, aportando dinero u otra clase de bienes*”. Esta noción nos permite entender que el objeto del contrato faculta a una persona para que pueda aportar a un negocio ajeno y la causa de ese aporte es la colaboración.

Otro doctrinante importante colombiano, entiende las cuentas en participación como un contrato donde dos o varias personas, dándoles el carácter de comerciantes, invierten en operaciones mercantiles de una empresa que deben gestionar solo uno de ellos, a nombre propio quedando con la responsabilidad de rendir cuentas y dividir las utilidades de manera proporcional a los aportes realizados por los partícipes (Rueda Vargas, 1950, pág. 71). Al respecto, conviene decir que la participación en operaciones mercantiles no se predica de las actividades en general de una empresa, es decir que el partícipe debe estipular en que operaciones específicas hará el aporte. Si no se determinan dichas operaciones, se estaría perdiendo la esencia del contrato y podría generar problemas a la hora de dividir las ganancias. Además, el partícipe puede aportar diferentes clases, no debe ser estrictamente dinero, pueden ser también, por ejemplo, inmuebles y valores.

Las cuentas en participación son un contrato de colaboración, donde pueden intervenir dos o más comerciantes que persiguen un propósito común; las partes se denominan partícipe inactivo y partícipe activo o gestor; los inactivos se mantendrán ocultos y por tal razón, no tendrán responsabilidad ante terceros.

En el Derecho comparado se pudo apreciar que muchas legislaciones asimilan las cuentas en participación a una sociedad comercial, ahora bien, en Colombia, para el Doctor Gabino Pinzón, esta figura es mucho más simple que una sociedad y esta cualidad la constituye una herramienta muy útil para los negocios mercantiles (1989, pág. 301). El legislador colombiano desafortunadamente, consagró las cuentas en participación justo después de las definiciones de sociedades mercantiles, en el libro segundo del Código de Comercio, en vez de situarlo en el libro cuarto con las obligaciones y contratos comerciales, lo que ha provocado una discusión sobre si este contrato es también una sociedad o si por el contrario es una figura autónoma e independiente.

A continuación, se realizará una diferenciación con otras figuras con el fin de resolver tal discusión con la sociedades y posibles relaciones equivocadas que se puedan dar con otros contratos.

## ***8.2.Diferencias con otros contratos.***

### ***8.2.1. Sociedad Comercial***

La diferencia más notoria que tienen las cuentas en participación con la sociedad comercial es la ausencia de personalidad jurídica, lo que puede darnos a entender que las cuentas son una simple convención contractual. La superintendencia Bancaria de Colombia en su concepto 199990043 de marzo de 1999 manifestó “*Este contrato es una forma de asociación distinto a la sociedad, porque su celebración no da nacimiento a un ente jurídico*”

Por otro lado, las sociedades necesitan de escritura pública y registro en la Cámara Comercio para poder consolidarse, requisito que las cuentas no tienen, y aunque existen también sociedades irregulares las cuales no tienen escritura pública y carecen de personalidad jurídica al igual que el contrato en referencia, la responsabilidad recae en la totalidad de los socios y no en uno solo como en la participación.

Como si fuera poco, en las cuentas en participación los bienes entran al patrimonio del partícipe activo o gestor, sin la creación de un patrimonio colectivo, quedando toda la responsabilidad en cabeza del gestor y negociando frente a terceros a nombre propio, diferencia importante con las sociedades mercantiles; en la participación también hay ausencia del “*affectio societatis*” o ánimo de sociedad.

En conclusión, se diferencian de las sociedades por no ser un ente colectivo y por lo mismo, no necesita cumplir con tantos requisitos y solemnidades para su creación, y carece de razón social (Garrigues, 1977, pág. 38).

### **8.2.2. Contrato de colaboración empresarial**

A pesar de ser figuras muy parecidas, su diferencia se encuentra en la finalidad, pues en el contrato de cuentas es meramente contractual y en el consorcio se busca una cooperación empresarial, no hay un partícipe oculto.

En la colaboración empresarial se busca un apoyo entre contratantes, donde todos realicen trabajos y esfuerzos para conseguir una finalidad común, responsabilizándose de manera solidaria frente a terceros y asumiendo las pérdidas que puedan surgir del negocio contractual; muy diferente a lo que sucede con las cuentas en participación, donde solo el

gestor es responsable y el partícipe solo asume las pérdidas hasta el mismo monto de su aporte.

### **8.3. Clasificación del contrato de cuentas en participación.**

Las características del contrato son las siguientes:

- a) **Típico y Nominado.** Típico por cuanto se encuentra consagrado en una norma, con especificaciones y efectos propios. Es nominado toda vez que está individualizado en el artículo 507 del Código de Comercio.
- b) **Consensual.** Nace de la voluntad de las partes para convenir la existencia del contrato.
- c) **Oneroso.** Debido a que genera ganancias tanto para el partícipe por su aporte en el negocio, como para la empresa del gestor, el contrato se considera oneroso.
- d) **Conmutativo.** Como para ambas partes se generan prestaciones de dar, hacer o no hacer, es decir, la carga contractual debe ser equivalente y recíproca.
- e) **Bilateral.** Se generan obligaciones para ambas partes.
- f) **Principal.** No necesita de otro contrato para existir.
- g) **De colaboración.** Las prestaciones que se generan con el contrato nacen del interés de un crear un negocio donde cada parte contribuya a beneficiar la otra. Las actuaciones de los intervinientes tienen importancia en el propósito contractual.
- h) **Se trata de un contrato de participación en pérdidas y beneficios.** Pues ambos asumen riesgos por pérdidas.

### **8.4. Partes del contrato**

Las partes del contrato de cuentas en participación como su definición las caracteriza, deben ser personas comerciantes y estas pueden ser tanto personas naturales como personas jurídicas mientras tengan capacidad de ejercicio y goce.

Una vez suscrito el contrato, aparecen las cualidades de partícipes, estos pueden ser activo o también denominado gestor e inactivo o partícipe oculto.

#### **8.4.1. Gestor**

El gestor o partícipe activo es el que se encarga de administrar y responsabilizarse de las operaciones mercantiles en la cuales se hizo un aporte por otro partícipe. El gestor es el propietario del negocio, y le otorga las responsabilidades de los administradores de cualquier empresa que se encuentran prevista en el artículo 23 de 222 de 1995, las cuales manifiestan que debe obrar bajo el principio de buena fe y con diligencia de un buen hombre. Pero no basta con que el gestor desarrolle el negocio jurídico y lo administre, debe además conocer de primera mano el manejo de dicho negocio y ofrecer ciertas condiciones económicas que cautiven un interés por parte del partícipe oculto para que realice el aporte económico. (Ortiz Tovar, 2017, pág. 53)

Aunque se generan prestaciones para ambas partes del contrato, la cualidad de gestor puede ser más importante que la del partícipe oculto, pues de él dependen de que se cumpla el propósito del contrato y que todas las diligencias que este realice conlleven a obtener ganancias o utilidades.

#### **8.4.2. Partícipe Inactivo**

El partícipe Inactivo o socio oculto es el encargado de abonar o realizar un aporte a las operaciones mercantiles del gestor. En otras palabras, el gestor necesita de la contribución

económica, aunque recordemos que también pueden ser bienes o valores, para poder realizar ciertas operaciones mercantiles porque carece de capital para materializarlas o porque necesita más para ampliar y hacer crecer su negocio y con ello, acrecentar su empresa. El propósito principal de esta parte en el negocio es la de obtener ganancias o utilidades de ese aporte, por lo que puede considerarse como una inversión y por lo mismo, debe ser consciente de cuál va a ser el valor de su aporte con el fin de poder soportar la situación en caso de pérdidas.

### ***8.5.Obligaciones de las partes***

Al ser el contrato fuente de las obligaciones, es importante que se determinen cuáles son las que se suscitan para cada una de las partes.

#### **8.5.1. Obligaciones para el gestor**

Como ya se mencionó, el gestor tiene un gran papel dentro del contrato y de este sobrevienen ciertas obligaciones relevantes para cumplir con el propósito del contrato. Por lo cual se desarrollará una por una para comprender bien su finalidad.

- a) Obligación de realizar la operación. Al ser el gestor el dueño del negocio, con la suscripción del contrato se obliga a realizar las operaciones mercantiles necesarias y pertinentes para la materialización del contrato bajo los parámetros e instrucciones consensuadas entre las partes.

Es probable que dentro del contrato se establezca que el partícipe oculto también tendrá el deber de realizar ciertas actividades dentro del negocio, lo cual sería totalmente legal y seria obligatorio, siempre y cuando se haya estipulado dentro del contrato (Arrubla Paucar, 2008, pág. 447). Se debe dejar bien detallado cuáles serán las operaciones mercantiles en las cuales el partícipe oculto va a realizar su aporte.

- b) Obligación de ejecutar el contrato con cuidado y diligencia. Como ya se especificó en el acápite del gestor, este debe obrar siempre de buena fe y como buen hombre de negocios. Esta obligación es importante pues del gestor depende el que se ganen utilidades y se incremente su negocio como el aporte del partícipe oculto. Una mala diligencia y cuidado podría ocasionar pérdidas considerables para las partes y al ser este el responsable ante terceros, podrían entablar acciones contra él. La obligación del gestor es de medios, por lo tanto, el resultado depende de que utilice todas las herramientas y esfuerzo posibles y de no ser así, deberá responder por prejuicios ante el partícipe oculto (Ortiz Tovar, 2017, pág. 58).
- c) El gestor no podrá disponer de la empresa sin la autorización previa de los demás partícipes. Si esto sucediera, implicaría que el gestor sustrajo los aportes del partícipe oculto para desviarlos a otro negocio y sería imposible desarrollar el propósito del contrato. (Garrigues, 1977, pág. 203). Dicho de otro modo, el gestor no puede cambiar de rumbo los aportes del socio oculto para invertirlos en operaciones o actividades mercantiles diferentes a las estipuladas entre las partes en el contrato. Se debe agregar que tampoco podría enajenar la empresa, pues también se haría imposible ejecutar el contrato, y aunque la finalidad de la enajenación fuera la de crear otra empresa similar, Arrubla (1997) indica que sería contra producente y violaría principio de la buena fe contractual.
- d) Rendir cuentas y suministrar información. El gestor deberá brindarle la información que el partícipe oculto le solicite sobre la situación y desarrollo de las operaciones mercantiles y al finalizarlas como rendir cuentas de su gestión, detallando cuales han sido las utilidades o pérdidas a la finalización del contrato. Esta obligación va muy de la mano con la diligencia del gestor, pues denota su buen profesionalismo y organización con su empresa; debe tener al día la contabilidad de la empresa y sobre

todo de las operaciones mercantiles en las que el partícipe oculto realizó su aporte económico.

### **8.5.2. Obligaciones del partícipe oculto.**

No por tener carácter de oculto esta parte está exenta de contraer obligaciones a la hora de suscribir el contrato. Estas son los deberes que tiene el partícipe oculto dentro del contrato:

- a) Entregar el aporte acordado. El socio oculto deberá entregar el aporte que se haya estipulado en el contrato, ya que este refleja el interés que tiene sobre los negocios del gestor y se convertirán en capital que utilizará este último para poder llevar a cabo sus operaciones mercantiles. Como ya se ha resaltado con anterioridad, el aporte puede también estar representado, por ejemplo, de valores o inmuebles, no tiene que ser obligatoriamente una contribución monetaria.
- b) No intervenir en las actividades del gestor. Obligación negativa. El gestor es el único que debe realizar las operaciones mercantiles y llevar la administración de ellas, el partícipe oculto no podrá inmiscuirse en las obligaciones del gestor a no ser que en el contrato se estipule lo contrario y se le otorgue ciertas facultades para intervenir en las operaciones.
- c) Establecer Mecanismos de control sobre la gestión. Algunos autores como Arrubla no consideran esta una tercera obligación por parte del partícipe oculto, pero para otros como Ortiz (2017) consideran que el socio oculto también debe determinar cuáles serán sus mecanismos de control sobre el avance del contrato. Igual que el gestor debe rendir cuentas sobre su gestión, el partícipe oculto debe buscar la manera más idónea para solicitar dicha información; la intención de esta obligación

es la de obligar al partícipe a no ser indiferente con la gestión una vez haya sido entregado el aporte, pues en aras de cuidar su inversión y no responsabilizar por completo al gestor, debe estar pendiente de la situación de las operaciones mercantiles.

#### ***8.6. Responsabilidad y distribución del riesgo contractual.***

En relaciones frente a terceros del contrato de cuentas en participación la responsabilidad recaerá en el gestor, pues este actúa en nombre propio, no como representante ni como mandatario del partícipe. Esto quiere decir que actúa bajo su propia responsabilidad y solo compromete su patrimonio; administra y dispone de sus propios asuntos como cualquier comerciante.

Los terceros solo tienen acciones en contra del gestor. Por su parte los partícipes ocultos no tienen acciones contra terceros, debido a que estos últimos solo conocen y tienen contacto directo con el gestor. Solo tendrán acciones cuando por consentimiento y estipulación previa en el contrato, los partícipes ocultos den a conocer su identidad frente a terceros, de esta manera la responsabilidad se convertiría en solidaria tal como lo establece el artículo 511 del Código de Comercio.

Además, las partes bajo su propia autonomía pueden fijar en el contrato cláusulas accidentales para acordar la distribución del riesgo contractual. El debate recae sobre la situación en donde las partes no han estipulado la distribución y esta debe ser regulada por las normas existentes.

En Colombia, los bienes aportados por el partícipe entran al patrimonio de la empresa del gestor y a este le corresponde la administración, por lo tanto, se sabe que los resultados dependen de la buena gestión que realice. Una vez terminado el contrato, se ha establecido en el artículo 511 del Código de Comercio que, a la hora de liquidar el contrato, las cuentas

en participación se asemejan mucho a la sociedad de comandita simple, estableciendo que el gestor responde solidaria e ilimitadamente y el partícipe solo hasta el monto de su aporte.

### ***8.7.Función económica.***

El contrato de cuentas en participación ofrece beneficios para todos sus participantes, por un lado, permite que los inversores tengan rendimiento de su dinero, sin tener que correr riesgos y de manera oculta. Esto es ventajoso para este partícipe, ya que no debe presentarse como comerciante. En ocasiones, las personas no tienen el conocimiento adecuado o el capital para aprovechar sus bienes, así que utilizan el contrato de cuentas en participación para ponerse en una posición favorable, obteniendo rendimientos superiores a los que le permitiría otro tipo negocio.

Por otro lado, este contrato tiende a ser muy llamativo para los comerciantes, pues pueden ampliar sus actividades económicas sin tener que realizar trámites complicados para solicitar fondos, ya que se efectúa un procedimiento fácil y rápido que no necesita formalidades. Su carácter oculto permite que el mercante no deba aclarar si está trabajando con capital ajeno o si hay terceros en sus negocios y cuando el negocio tiene un mal resultado, el comerciante no tiene que pagar intereses, consiguiendo así, una gran ventaja sobre los préstamos convencionales.

Una función muy importante para el contrato de cuentas en participación podría ser el de ayudar a empresas en situación de quiebra por falta de capital para poder volver salir a flote y dejar atrás la crisis; una persona con dinero e interés en invertir podría ayudar a la empresa realizando un aporte de capital que la empresa necesita para sacar adelante sus negocios. El mayor beneficio de este contrato frente a la sociedad es que une a las partes únicamente en un negocio en concreto, así no los vincula de manera duradera.

### ***8.8.Terminación del contrato***

El Código de Comercio no estipula las causales por las cuales se puede dar la terminación del contrato de cuentas en participación, pero en el artículo 514 el legislador estableció que para su liquidación serían aplicables las reglas de la sociedad en comandita simple y en ausencia de normas para esta última, se aplicarían las generales del título primero del Código. Por lo tanto, para determinar las razones por las cuales se puede dar la terminación de dicho contrato se acudió a la doctrina teniendo de base al doctor Arrubla (2008).

- a) Por la realización de la operación encomendada. Siendo este el propósito principal del contrato, su materialización daría paso a la terminación del contrato. Una vez concluida la operación, el gestor debe realizar la rendición de cuentas y repartición de ganancias finiquitando así el contrato.
- b) Por el vencimiento del término. Las partes, en la creación del negocio pueden pactar un plazo para la realización de las operaciones y de llegar esa fecha y no cumplirse con el propósito, se entenderá por terminado el contrato
- c) Por mutuo acuerdo. Los contratantes pueden por voluntad propia decidir dar por terminado el negocio jurídico.
- d) Por el desahucio de cualquiera de las partes. Pueden los intervinientes del contrato estipular previamente que de prever alguna de las partes que no logra llegar a cumplir con su obligación avisará con un término prudencial de tal situación con el fin de evitar procesos judiciales por incumplimiento del contrato.
- e) Por la imposibilidad de realizar la operación encomendada. Puede que por caso fortuito o fuerza mayor la operación no alcance a llevarse a cabo.

- f) Por la quiebra del partícipe activo. Esta causal es acogida por analogía a la sociedad comandita, pues en esta sociedad si alguno de los socios queda en estado de quiebra se podrá solicitar la disolución de la sociedad.
  
- g) La muerte del gestor termina el contrato

### **CAPITULO 3. PROBLEMAS JURÍDICOS DE LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL Y CUENTAS EN PARTICIPACIÓN**

Como lo advertimos al inicio de esta tesis, el objetivo principal de este proyecto es analizar dos modalidades contractuales poco conocidas por algunos, pero con un gran impacto y desarrollo en nuestra sociedad.

Una vez agotado el recuento histórico y el análisis de cada tipología contractual procederemos a señalar en este capítulo las controversias y principales dudas que surgen de la ejecución de los contratos de fiducia mercantil y cuentas en participación; una vez determinados dichos conflictos, procederemos a exponer en nuestro último capítulo las soluciones jurídicas, doctrinales y jurisprudenciales que han sido implementadas para resolver tales controversias.

Cabe advertir que algunos de los problemas que estudiaremos se encuentran presentes en ambas modalidades contractuales, lo cual obedece a las múltiples similitudes que comparten las figuras analizadas.

#### ***9. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL***

Una vez precisado lo anterior, procedemos a esgrimir las problemáticas encontradas en la ejecución del contrato de fiducia mercantil.

##### ***9.1. ¿Quién ostenta la legitimación por pasiva cuando se pretende perseguir los bienes fideicomitidos en un proceso judicial?***

Lo primero será acotar que, el término “perseguir” hace referencia a emprender cualquier acción judicial en la cual se pretenda demandar los bienes fideicomitidos integrados en el patrimonio autónomo.

Ahora bien, determinar quién debe ser el demandado a la hora de instaurar un proceso judicial ha sido un poco controversial en el marco del contrato de fiducia mercantil, esto en razón a que los bienes fideicomitidos salieron del patrimonio del fiduciante y fueron transferidos al fiduciario, pero dicha transferencia tiene una connotación especial, y es esta, que el fiduciario no tiene un dominio total sobre la cosa fideicomitida, es decir, en estricto sentido no puede disponer a su arbitrio de los bienes encomendados, pues el negocio jurídico celebrado está ligado a un objetivo específico que se concretará con la transferencia del dominio al beneficiario, quien como ya se mencionó puede ser el mismo fiduciante. Así las cosas, la transferencia de derechos no puede gozar de perpetuidad y el fiduciario no puede disponer de los mismos en razón a que, el patrimonio administrado en estricto sentido no le pertenecen.

En razón a lo anterior se crea un patrimonio autónomo, cuya finalidad es proteger tanto los bienes fideicomitidos como el patrimonio del fiduciario, permitiendo la separación de bienes necesaria para afirmar que los bienes fideicomitidos no ingresan al patrimonio del fiduciario y, por ende, no entran a la prenda general de sus acreedores.

Ahora bien, de lo anterior podemos concluir que, ni el fiduciante y ni el fiduciario ostentan legitimación por pasiva para integrar la litis en el marco de un proceso judicial en el que se pretenda perseguir los bienes fideicomitidos, pues como se advirtió, los bienes referidos salieron del patrimonio del fiduciante y no entraron al patrimonio del fiduciario, pese a que este se repute como titular de dichos bienes.

En este punto, es dable pensar que, el llamado a integrar la litis es el patrimonio autónomo. Sin embargo, esta hipótesis pierde rigor al considerar que dicho patrimonio carece de personería, pues no tiene la calidad de persona natural o persona jurídica y, por ende, se considera que no puede ser parte en el marco de un proceso judicial.

Ante este panorama cabe preguntarnos, ¿Quién es el llamado a integrar la litis en calidad de parte demandada, cuando se persiguen los bienes fideicomitidos en el marco de un proceso judicial?

En el capítulo siguiente daremos respuesta a este y otros interrogantes que nos permitimos plantear a continuación.

### **9.2. *Negocio fiduciario celebrado en fraude a terceros***

Como se ha referido a lo largo de este proyecto, el contrato de fiducia mercantil implica una transferencia de derechos, es decir, los bienes salen del patrimonio del fiduciante y pasan a un patrimonio autónomo el cual es administrado por el fiduciario, quien a su vez funge como el titular de estos bienes.

Lo anterior, implica que el fiduciante pierde la titularidad del derecho y los terceros pierden la potestad de perseguir dichos bienes, salvo que se trate de acreedores del fiduciante que demuestren que la obligación adeudada es anterior a la constitución del contrato de fiducia. Sin embargo, no queremos ahondar en las herramientas de dichos acreedores, pues este tema será objeto de otra controversia. Independientemente de la calidad del tercero, lo relevante en este punto es que el negocio jurídico se celebró con la intención de perjuicio, razón por la cual se vislumbra un fraude y como consecuencia un daño que debe ser reparado.

Si bien es cierto que los negocios jurídicos por regla general son inter partes y gozan de la rigidez del principio *res inter alios acta*, según el cual, los convenios no pueden quedar expuestos o vulnerables ante terceros con un interés fútil en lograr su reversión o aniquilamiento, cabe advertir que esto no justifica que los contratantes celebren un negocio

jurídico determinado con el fin de causar daño a terceros y obviar sus obligaciones. Situación que claramente desbordaría el límite de los derechos vedados con el principio referido. (Corte Suprema de justicia, Sala de cación civil, Exp. 1999 01041 01, 2010)

De lo anterior, podemos concluir que la controversia jurídica inmersa en lo relatado hasta este punto se centra en determinar qué acciones jurídicas tienen los acreedores y los terceros en general, que se ven afectados con la celebración del contrato de fiducia mercantil, cuando el mismo se ejecutó con la intención de defraudar derechos ajenos.

### ***9.3. Derecho de persecución de los acreedores anteriores al negocio jurídico (Fiducia mercantil)***

El patrimonio autónomo, originado con la celebración del contrato de fiducia mercantil, tiene como objetivo blindar los bienes fideicomitidos, para que los mismos no sean perseguidos y no hagan parte de la prenda general de los acreedores del fiduciante, del fiduciario o del beneficiario Sin embargo, dicha protección no es absoluta, pues como lo veremos más adelante, los acreedores del fiduciante anteriores a la celebración del negocio jurídico, pueden, por disposición normativa, perseguir los bienes fideicomitidos.

Ahora bien, el problema jurídico que plantaremos a continuación se centra en determinar el alcance de la facultad de persecución que ostentan estos acreedores.

Para comprender un poco lo anterior, debemos traer a colación el texto del artículo 1238 del Código de Comercio:

**PERSECUCIÓN DE BIENES OBJETO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO. 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 fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados. (Énfasis fuera de texto)

Del artículo referido podemos resaltar que la facultad de persecución de los acreedores anteriores ante un negocio jurídico versado de fraude está determinada por la acción pauliana, la cual será objeto de estudio en la solución que plantearemos para el problema anterior. Sin embargo, la acción comprendida en el primer inciso del artículo citado contempla una acción adicional, la cual por su relevancia ha sido objeto de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, sin que hasta el momento exista una tesis consolidada.

Es entonces nuestro objetivo en este problema jurídico, determinar el alcance de la acción de persecución contemplada en el inciso primero del citado artículo 1238 del Código de Comercio, para esto estudiaremos en el capítulo siguiente las vertientes interpretativas más influyentes y presentaremos la postura interpretativa que desde nuestra perspectiva debe primar.

#### ***9.4. ¿Los bienes gravados con hipoteca pueden ser objeto de un contrato de fiducia mercantil?***

El planteamiento referido obedece a una preocupación recurrente que ha sido abordada en múltiples sentencias judiciales. Lo anterior, en razón a que un gran número de personas tienen la percepción de que si un bien gravado por una garantía real participa en un contrato de fiducia mercantil pierde dicha garantía.

Aunado a lo anterior, surge el mismo planteamiento frente al bien fideicomitido que es transferido a un tercero beneficiario en virtud de este contrato.

Así las cosas, consideramos importante introducir en este proyecto un análisis sobre las garantías reales y los bienes fideicomitidos.

Los cuestionamientos planteados serán abordados con suficiencia en el siguiente capítulo, en el cual además expondremos la postura jurisprudencial sostenida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

### ***9.5. La fiducia en garantía y el pacto comisorio***

Nuestro ordenamiento jurídico prohíbe toda estipulación que permita al acreedor de una garantía real volverse dueño de los bienes gravados, sancionando el negocio jurídico que desconozca estas disposiciones con nulidad en el caso civil y con ineficacia en el caso comercial. (Álvarez Gómez, pág. 32)

Dicha figura se conoce en el mundo jurídico como **pacto comisorio**, consiste en términos generales, en avalar que el acreedor incumplido practique el comiso, es decir, se apropie de manera directa de la cosa dada en garantía.

Ahora bien, al ser la fiducia en garantía, una modalidad contractual por medio de la cual el fiduciante transmite al fiduciario unos bienes determinados para asegurar el cumplimiento de una obligación adquirida, ante el incumplimiento de dicha obligación se puede acudir a los bienes fideicomitidos para garantizar el pago de la obligación insoluta; se consideró que esta institución configuraba la materialización del pacto comisorio, figura que como lo veremos se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

Así las cosas, cabe entonces preguntarnos si la fiducia en garantía avala de manera directa la ejecución de un pacto comisorio y en este sentido, desconoce preceptos legales que prohíben dicha figura. De ser así, estaríamos frente a un negocio prohibido que en

principio no puede generar efectos, pues acarrea una nulidad o una ineficacia según la jurisdicción de que se trate.

## ***10. CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN***

Como ya hemos visto, el contrato de fiducia tiene algunos problemas jurídicos a la hora de su aplicación, ahora bien, siendo el contrato de cuentas en participación una figura tan similar, ¿tiene los mismos problemas que el primero?

Las cuentas en participación es un contrato un poco desconocido y por ende menos aplicado, y como consecuente, su jurisprudencia y problemas resultan más difícil de hallar, pero después de un trabajo arduo de búsqueda, se encontraron algunos que merecen su apreciación y análisis.

### ***10.1. ¿El contrato de cuentas en participación por su carácter de oculto del partícipe inactivo viola la constitución política?***

Puede resultar que para muchas personas el hecho de que uno de los partícipes quede oculto dentro del negocio y los terceros desconozcan su identidad sea una herramienta de gran provecho para contrariar la ley o violar los parámetros constitucionales con el fin de obtener un fin ilícito. Esto pasó con la sentencia de inconstitucionalidad C-790 de 2011, donde un ciudadano demandó la inconstitucionalidad de los artículos 510 y 511 parcial del código de comercio las cuales expresan:

ARTÍCULO 510. El gestor será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación.

Los terceros solamente tendrán acción contra el administrador, del mismo modo que los partícipes inactivos carecerán de ella contra los terceros.

ARTÍCULO 511. La responsabilidad del partícipe no gestor se limitará al valor de su aportación. Sin embargo, los partícipes inactivos que revelen o autoricen que se

conozca su calidad de partícipe, responderán ante terceros en forma solidaria con el gestor. Esta solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe.

El demandante afirmaba que estas disposiciones legales violan los principios de la función pública, las regulaciones sobre prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, el interés general y también la libre competencia dentro del sector público.

La administración pública colombiana se basa, según el artículo 209 de la Constitución Política, en los principios de igualdad, transparencia, objetividad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. El actor de la demanda además menciona que por consiguiente los contratos que celebren dentro de la administración deben estar acorde a dichos principios, señalando que cada contrato (Corte Constitucional Sentencia C-790) “debe respetarlos y velar porque se dé cabal cumplimiento a los mismos por cualquier otro sujeto que intervenga en éste”.

Considera el demandante que dentro de la contratación estatal podría ocurrir que una persona que no pueda ser proponente en algún concurso o licitación por estar dentro del alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, lo haga mediante el contrato de cuentas en participación, quedando como partícipe oculto y siendo otro quien esté al frente del negocio como gestor, cuando quien está detrás como beneficiario sea esta persona con prohibición para participar. Por lo tanto, es primordial para el actor, que a la hora de escoger el contratista se conozca la identidad del verdadero beneficiario, pues de lo contrario estarían violando los principios que rigen la administración pública, bajo la legitimidad de un contrato que lo ampara basándose en que esa figura le permite quedar en oculto.

Establece el demandante, además, que el desconocimiento de la identidad de la parte beneficiada ocasiona que personas que estén condenadas por delitos contra el patrimonio público, sigan interviniendo en negocios y asuntos de la administración, pero quedando escondidos y manejando todo a través de la representación del gestor del contrato siendo él la persona que en realidad tiene interés en participar en la administración pública como contratista.

Así mismo, una de las inhabilidades para acceder a los cargos públicos es tener negocios con el Estado y podría suceder que un partícipe oculto se postule a dicho cargo pasando por alto esta prohibición, ya que se desconocería su vinculación contractual al ser el gestor el único contratante visible y responsable frente a terceros. También podría pasar lo contrario, que exista un servidor público que quiera ser proponente en una licitación y por su cargo no pueda y lo haga a través de un intermediario denominado partícipe gestor.

Podría según el accionante darse un monopolio de la contratación pública, pues una persona podría acceder a múltiples licitaciones mediante varios intermediarios partícipes gestores, siendo el beneficiario de todos los negocios, pero sin estar a la luz pública, lo que violaría la igualdad de oportunidades y la transparencia que deben tener este tipo de procesos.

Al mismo tiempo una persona en una licitación podría violar el principio de igualdad de oportunidades si aprovechándose del carácter oculto que le brinda las cuentas en participación estuviera detrás de varias propuestas, asegurándose la posibilidad de ganar si cualquiera de las propuestas es escogida y por lo tanto, se debe proteger la pluralidad de oferentes y ofertas, dando a conocer siempre la identidad de los beneficiarios.

Igualmente, pese a que la manifestación de la libertad económica aparece con la libertad de elegir el contratista, el contrato de cuentas en participación podría ir en contra de la función social y convertirse en un obstáculo para la libre competencia, pues afectaría el bien común y crearía confusión por parte de la administración a la hora de escoger la propuesta más beneficiosa, pues no se conocería la verdadera identidad de la persona interesada en el negocio. En otras palabras, primaría el bien particular de la persona interesada en que su identidad se mantuviera en secreto y no el interés general de la ciudadanía colombiana protegiendo la constitución política y los principios que rigen la administración pública y por ende la de los contratos.

### ***10.2. ¿Cuáles son los riesgos de fraude a la ley que pueden derivarse de la característica de partícipe oculto?***

Desde la perspectiva del fraude a la ley, el carácter oculto que tienen los partícipes inactivos puede generar dos riesgos importantes que deben ser considerados, el primero es el lavado de activos y el segundo esquivar la inhabilidad para ejercer el comercio (Torres, 2017)

El código penal colombiano contiene en su artículo 323 el delito por lavado de activos y es una de las actividades que más recursos ilícitos generan en el país; entiéndase este delito como aquella actividad donde un agente a través de un determinado acto intenta ocultar lo procedencia de activos y bienes por provenir estos de conductas punibles. Es pertinente mencionar que en un país como en el que nos encontramos donde aún no hemos podido erradicar el narcotráfico y hay tantos políticos corruptos resulta muy riesgoso tener figuras contractuales que puedan brindar herramientas idóneas para el lavado de activos.

Así mismo, cuando ya entramos en la esfera del contrato de cuentas en participación, podría ocurrir que la inversión que haga el partícipe inactivo provenga de activos ilegales

y que su único fin dentro del negocio sea el blanquear dichos activos y poder así tener legitimidad para utilizar el dinero.

Dentro del negocio también puede existir otro riesgo notorio, y es la situación donde el gestor del contrato desconozca las intenciones del partícipe inactivo y no tenga conciencia de que la inversión o aporte realizado por este último provenga de conductas punibles y por estar cobijado por el principio de buena fe, resulte empapado y como consecuencia termine envuelto en un conflicto penal grave.

Con respecto a la inhabilidad para ejercer el comercio, esta va muy ligada al primer problema de este contrato cuando mencionamos la posible violación de la constitución política, ya que esta inhabilidad es la que tienen las personas que acepten un cargo público y por dicha aceptación quedarán excluidas del ejercicio del comercio. Así lo determina el artículo 15 del Código de Comercio:

El comerciante que tome posesión de un cargo que inhabilite para el ejercicio del comercio, lo comunicará a la respectiva cámara mediante copia de acta o diligencia de posesión, o certificado del funcionario ante quien se cumplió la diligencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha de la misma.

En palabras de Camilo Torres (2017, pág. 19) el legislador ha querido, mediante esta inhabilidad, evitar el conflicto de interés que impida al comerciante sobreponer sus intereses particulares al interés general propio de las labores que desempeñará en el cargo público en el que ha sido nombrado.

Con lo anterior, si la persona que fue inhabilitada quiere seguir desarrollando su actividad comercial sin quedar expuesto a la posible sanción que se le puede imponer,

podría utilizar y echar mano del contrato de cuentas en participación quedando el partícipe gestor como el único responsable frente a terceros y quedando el comerciante inhabilitado respaldado por el carácter oculto que le brinda esta figura. Aunque lo aquí expuesto son solo presupuestos, se debe tener en cuenta la posibilidad tan alta que existe de que esto ocurra.

En este punto, se puede asemejar el contrato de cuentas en participación al delito de testaferrato, el cual se encuentra consagrado en el artículo 326 de la ley 599 de 2000:

Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes.

Para nuestro estudio resulta ser una herramienta muy útil para las personas que quieran cometer dicho delito y quedar impunes bajo el permiso que les brinda la figura contractual de quedar ocultos en el negocio frente a terceros. La diferencia entre ambas figuras recaería en que los aportes del partícipe oculto provendrían de negocios ilícitos y los bienes del testaferrato de actividades contrarias a la ley, pero al desconocerse la identidad de la parte inversora del contrato de cuentas, resulta difícil esclarecer la procedencia de la contribución material o económica que realice.

Como se mencionó en la justificación de este trabajo, nuestra primera idea y enfoque de este trabajo era realizar un comparativo entre el contrato de cuentas y el delito de testaferrato, pues sin tener mucho conocimiento de ambas figuras jurídicas, creíamos que podían ser parecidas y no comprendíamos el por qué una era un delito y a otra un contrato desarrollado por nuestra normatividad. Ahora, después de entender el funcionamiento y creación del contrato en estudio y encontrado los conflictos que se pueden generar de su

ejecución, resulta casi imposible no creer que muchos gestores de contratos existentes de cuentas, en realidad estén siendo testaferros de algunos delincuentes, claro está que se presume la buena fe y para comprobar estas afirmaciones debemos analizar de manera particular cada caso en concreto.

### ***10.3. Acreencias pendientes del contrato de cuentas frente a la insolvencia del gestor.***

Como ya hemos mencionado en el primero capítulo, los activos invertidos por el partícipe inactivo salen de su patrimonio y entran al patrimonio de la empresa del gestor, asegurando así su prenda general; del mismo modo, la responsabilidad en el negocio del partícipe oculto dependerá estrictamente de su ánimo y voluntad, pues de no dar a conocer su identidad solo responderá hasta su aporte, y solo lo hará de manera solidaria si renunciara a su carácter oculto y saliera a la luz. Frente a terceros, el único que se compromete y tiene responsabilidad ante terceros, mientras en el contrato no se estipule lo contrario, es el gestor.

Ahora, si el gestor al momento de firmar el contrato se encuentra insolvente y después durante su ejecución o liquidación su patrimonio o el de la empresa no alcanza para solventar las deudas o los perjuicios que se deriven y queden pendientes del contrato de cuentas en participación, al ser responsable solo el gestor, ¿estarán sometidos los terceros acreedores a resignarse por la insolvencia de este? ¿No tienen acciones contra el partícipe oculto?

En el contrato de fiducia mercantil, como ya se ha analizado, el patrimonio de las partes queda protegido por la creación del patrimonio autónomo, pero en el de cuentas, al no crearse un patrimonio independiente y el aporte de uno de los partícipes estar sometido a entrar al patrimonio del otro, es muy difícil establecer hasta qué punto está protegida la

prenda general de las partes y hasta donde pueden perseguir los terceros acreedores del contrato los bienes o entablar acciones contra sus intervinientes.

***10.4. ¿Por qué la acción de resolución por incumplimiento no procede en el contrato de cuentas en participación?***

En el contrato de cuentas en participación no procede la acción de resolución por incumplimiento como sí sucede en otros contratos comerciales, ya que está considerado como un contrato de colaboración o plurilateral y no tienen contraprestaciones recíprocas entre sus contratantes. Además, como se señaló en el acápite de obligaciones de las partes, los compromisos de ambas partes son de ejecución sucesiva y resulta casi imposible poder devolver el contrato a su estado original.

## **CAPITULO 4. POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS A LAS CONTROVERSIAS DE LOS CONTRATOS**

Hemos llegado así al último acápite de nuestro proyecto, en el cual pretendemos abordar los problemas encontrados y brindarles una solución a partir de las fuentes del derecho.

### ***11. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL***

Iniciaremos entonces con las controversias percibidas en la ejecución del contrato de fiducia mercantil, permitiéndonos presentar las siguientes soluciones:

#### ***11.1. ¿Quién ostenta la legitimación por pasiva cuando se pretenden perseguir los bienes fideicomitidos en un proceso judicial?***

Durante mucho tiempo, los jueces aceptaron la tesis bajo la cual el patrimonio autónomo podía asistir al proceso como parte, pues una corriente de la doctrina procesal admite que no solo las personas naturales y jurídicas pueden participar activamente en un proceso, abriendo así la puerta para que el patrimonio autónomo participe en la litis bien sea en calidad de demandante o demandado, claro está, representado por la sociedad fiduciaria, pues tiene a su cargo la personería y representación de los bienes fideicomitidos (Código de Comercio, artículo 1234). En razón a este postulado fueron muchos los procesos en los cuales se aceptó la intervención del patrimonio autónomo en calidad de parte.

Sin embargo, una corriente de la doctrina fue tomando fuerza al precisar que el patrimonio autónomo, al carecer de capacidad, no podía fungir como parte en el marco de un proceso y que en este sentido el llamado a demandar o ser demandado era el fiduciario, pues es este el personero de los bienes fideicomitidos y el que realiza todos los negocios necesarios para su administración. (Álvarez Gómez, Reflexiones sobre algunos contratos comerciales , pág. 25)

Ha sido esta última, la tesis asumida por la Corte Suprema de Justicia, partiendo de la teoría clásica del patrimonio autónomo, según la cual, el patrimonio es un atributo de la personalidad y no existe patrimonio sin persona. A esta corriente se suma la connotación según la cual, solo las personas pueden ser parte de un proceso judicial.

Ahora bien, la presenta controversia fue zanjada con el Decreto 1049 (2006), el cual reglamentó los artículos 1233 y 1234, precisando que, si bien los patrimonios autónomos derivados del contrato de fiducia mercantil no se catalogan como personas, sí son acreedores de derechos y obligaciones, los cuales se derivan de los actos jurídicos celebrados por el fiduciario en virtud del contrato de fiducia, pues como se ha dicho a lo largo de este escrito, la entidad fiduciaria funge como vocera, tiene a su cargo administrar el patrimonio autónomo y asume su personería en todas las actuaciones procesales, judiciales y administrativas.

De lo anterior y a título de conclusión es preciso acotar 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. (Álvarez Gómez, Reflexiones sobre algunos contratos comerciales , pág. 28)

### ***11.2. Negocio fiduciario celebrado en fraude a terceros***

Esta controversia acarrea una maniobra fraudulenta instrumentalizada en el contrato de fiducia mercantil, por medio de la cual, los contratantes buscan desconocer los derechos de terceros dándole apariencia de legalidad a un negocio jurídico que en realidad busca evadir obligaciones adquiridas y desconocer derechos ajenos.

Frente a estos actos defraudatorios, nuestro ordenamiento jurídico ha creado una serie de herramientas legales amparadas en acciones revocatorias o rescisorias, como la acción pauliana, la nulidad, la simulación y la acción oblicua, todas con características y requisitos particulares para su acreditación.

Ahora bien, para dar solución al problema jurídico planteado debemos acudir a lo consagrado en el artículo 1238 del Código de Comercio, según el cual “El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados”. Lo contemplado en este artículo nos permite acudir a la acción pauliana, es decir una acción de reintegración que busca la revocatoria del acto jurídico (contrato de fiducia mercantil).

La acción pauliana, conocida también como acción revocatoria, se encuentra regula en el artículo 2491 del Código Civil, el cual precisa lo siguiente:

En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

2. Los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato.

Es preciso mencionar en este punto que, la acción pauliana es una acción subjetiva, es decir, supeditada a la acreditación de dos elementos: el fraude iniciado por el deudor y un tercero: *concilium fraudis* y el detrimento de los acreedores o terceros afectados con la celebración del negocio jurídico *eventus damni*. (Corte Suprema de justicia, Sala de casación civil, Exp 1999 01041 01, 2010)

Es importante tener en cuenta que además de los requisitos aludidos, la acción debe instaurarse antes de un año, contado este desde la fecha de celebración del contrato, so pena que opere su prescripción.

### ***11.3. Derecho de persecución de los acreedores anteriores al negocio jurídico (Fiducia mercantil)***

Las acciones aplicables al contrato de fiducia mercantil han sido objeto de múltiples análisis doctrinales y jurisprudenciales. Sin embargo, a la fecha no encontramos disposiciones claras en nuestro ordenamiento jurídico que determinen y desarrollen con suficiencia las herramientas jurídicas operantes.

Como se advirtió en el capítulo anterior, nuestro objetivo frente a este problema es determinar el alcance de la facultad de persecución contemplada en el artículo 1238 del

Código de Comercio en favor de los acreedores anteriores a la celebración del negocio jurídico.

**PERSECUCIÓN DE BIENES OBJETO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO. 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 fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados.

Es claro que el inciso segundo del artículo citado hace referencia a una acción subjetiva, específicamente a una acción pauliana que opera cuando el negocio jurídico fue celebrado con la intención de defraudar derechos de terceros. Esta acción fue abordada en líneas anteriores, razón por la cual no nos centraremos en su estudio. Así las cosas, la principal discrepancia alrededor de este artículo se centra en su primer inciso, siendo nuestro objetivo dilucidar si la acción contemplada en este apartado hace referencia a una acción objetiva o por el contrario a una acción subjetiva, caso en el cual se debe acreditar unos requisitos previos para su prosperidad.

Un sector de la doctrina sostiene que la acción de persecución contemplada en este artículo enmarca una típica acción ejecutiva. Dicen sus impulsores que este artículo autoriza a los acreedores anteriores la percusión de los bienes fideicomitidos a través de un proceso ejecutivo, en el cual es dable acudir a medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de la obligación adeudada. Esta postura es defendida por autores como Arrubla Paucar 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. (Rengifo García, 1998, pág. 110)

La Superintendencia Financiera ha respaldado 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.

Otro sector de la doctrina sostiene que, el artículo en mención solo contempla una acción y es esta la acción pauliana, la cual a su vez es desarrollada por el artículo 2491 del Código Civil. Esta tesis es respaldada por autores como López Blanco y Rodríguez Azuero, este último sostiene que:

(...) 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.

Por último, hay quienes consideran que la acción contemplada en el primer inciso del artículo 1238 del Código de Comercio, es una acción pauliana simplificada u objetiva, abriendo así la posibilidad a impugnar el negocio jurídico sin acreditar el ánimo defraudatorio y los perjuicios sufridos. En ese sentido, bastaría con acreditar que la a la existencia de una acreencia anterior a la constitución del patrimonio

autónomo. (Corte Suprema de justicia, Sala de casación civil, Exp 1999 01041 01, 2010)

Para finalizar este punto, queremos consagrar nuestra postura frente al problema jurídico analizado. Lo primero será acotar que nos inclinamos por la primera tesis, según la cual, se considera que la acción incorporada en el inciso primero del artículo 1238 del Código de comercio es una acción ejecutiva y por ende objetiva. Consideramos además que para materializar dicha acción no es absolutamente necesario acudir a la jurisdicción ordinaria, dejando esta opción como una *última ratio* ante el desconocimiento de la obligación adeudada.

Ahora bien, las razones que respaldan nuestra postura son entre otras las siguientes: A la luz del artículo 2488 del código civil, las obligaciones brindan al acreedor la posibilidad de perseguir la ejecución de su derecho adquirido, razón por la cual esta acción solo se encarga de reiterar esa facultad a los acreedores anteriores a la celebración del contrato de fiducia, esto con el fin de blindar su derecho de persecución. Aunado a lo anterior, no es posible confundir esta acción de persecución con la acción pauliana, pues esta última lo que busca es la impugnación del negocio jurídico celebrado. Otra de las razones que sustentan esta posición es evitar que el deudor transmita los bienes de su patrimonio a un patrimonio autónomo con el fin de obviar obligaciones existentes frente a terceros.

Para finalizar este punto es importante considerar las reflexiones del autor Marco Antonio Tulio Álvarez:

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, destacase 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. (pág. 46)

#### ***11.4. ¿Los bienes gravados con hipoteca pueden ser objeto de un contrato de fiducia mercantil?***

Lo primero será acotar que la constitución de una fiducia no afecta el derecho de los acreedores anteriores a la celebración del negocio jurídico, pues de los análisis anteriores podemos concluir que existen múltiples herramientas jurídicas para evitar que estos acreedores se vean afectados por maniobras fraudulentas del fiduciante o constituyente. Lo mismo sucede cuando el acreedor ostenta una garantía real sobre el bien fideicomitado, pues, si bien es cierto que el bien sale del patrimonio del deudor y pasa a un patrimonio autónomo, ello no implica la anulación de la garantía real.

En el caso aducido. la transferencia del derecho de dominio acarrea la afectación del bien. Incluso si dicha obligación no se hace efectiva y el bien fideicomitado pasa al beneficiario de la fiducia, este recibirá el bien en mención con la garantía real que presente.

En conclusión, la transferencia de derechos no mengua la garantía real; el gravamen pervive, inclusive, frente al patrimonio autónomo. Resaltando en este punto que, mientras el negocio fiduciario persista, la demanda debe dirigirse contra el actual “propietario” es decir, contra el fiduciario, resaltando en todo caso que su participación en el proceso es como titular de los bienes fideicomitados gravados con la garantía real objeto de ejecución. (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Exp. 1998-00579-01, 2008)

#### ***11.5. La fiducia en garantía y el pacto comisorio***

Como se advirtió, nuestro ordenamiento jurídico prohíbe la figura del pacto comisorio, es decir, impide al acreedor de una garantía real, apropiarse y disponer a su arbitrio del bien gravado, ante el incumplimiento del deudor.

Ahora bien, al ser la fiducia en garantía una institución que permite disponer del bien fideicomitado para sufragar los créditos del acreedor, se consideró que esta figura adolecía de ilicitud por avalar de alguna manera la institución prohibida del pacto comisorio.

La Corte Suprema de Justicia pone fin a esta discusión en la sentencia del del 14 de febrero de 2006, en la cual expone las razones por las cuales no podemos predicar que la fiducia en garantía es un negocio viciado que desconoce la prohibición del pacto comisorio.

La Corte expone en primera instancia que las prohibiciones deben interpretarse de manera restrictiva y en consonancia, no podemos extender la prohibición del pacto comisorio a negocios jurídicos no determinados por la ley. Ahora bien, la prohibición del pacto comisorio ha sido contemplada para las garantías reales y la fiducia en garantía, aunque guarde algunas similitudes con estos derechos reales accesorios, no puede ser considerada como una garantía real. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 1999-1000-01, 2006)

Aunado a lo anterior, debemos considerar que en el pacto comisorio es el mismo acreedor quien dispone de los bienes dados en custodia, situación que no puede predicarse de la fiducia en garantía pues en esta modalidad contractual contamos con la intervención de un tercero, denominado fiduciario, quien se encarga de administrar el bien fideicomitado y cancelar la obligación insoluta materializado la garantía pactada. (Álvarez Gómez, Reflexiones sobre algunos contratos comerciales , pág. 33)

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 apropia de ellos por el sólo hecho del incumplimiento del deudor o, en general, por acto propio, ello es determinante. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 1999-1000-01, 2006)

De lo anterior podemos concluir que la fiducia en garantía no configura la materialización de un pacto comisorio en razón que el fiduciario actúa como tercero encargado de disponer de los bienes fideicomitidos y garantiza al acreedor el cumplimiento de la obligación adeudada.

Ahora bien, cabe advertir que cuando no exista un consenso entre las partes (deudor -acreedor) el fiduciario no puede entrar a dirimir las controversias que surjan, pues no ostenta la facultad de fungir como árbitro y solucionar un conflicto, ya que no tiene la calidad de juez ni ejercer *pro tempore* una actividad judicial, razón por la cual, se encuentra impedido para favorecer a alguna de las partes. Cabe advertir que ante este escenario las partes deben acudir a la jurisdicción ordinaria para dirimir las controversias del caso.

Por último, es preciso acotar que cuando la sociedad fiduciaria se encuentra controlada por el acreedor beneficiario, surge un conflicto de intereses que puede afectar el desarrollo imparcial del negocio jurídico. En este caso, el fiduciante debe denunciar el hecho y buscar herramientas jurídicas alternas si considera que sus derechos están siendo vulnerados.

## ***12. CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN***

Ahora, después de desarrollar cada uno de los problemas del contrato de cuentas en participación, se establecerá algunas de las soluciones que ha dado la corte o algunos doctrinantes.

### ***12.1. ¿El contrato de cuentas en participación por su carácter de oculto del partícipe inactivo viola la constitución política?***

Después de estudiar los motivos por los cuales un ciudadano demandó por inconstitucionales los artículos 510 y 511 del código de comercio por los motivos ya mencionados, se debe resaltar que la Corte Constitucional los declaró exequibles bajo los siguientes argumentos expuestos en la sentencia C-790 de 2011:

#### *a) La buena fe.*

Según el tribunal y basándose en el artículo 83 de la Constitución Política, todas las actuaciones de los particulares y la administración pública deben proceder de la buena fe, entendiéndose esta como el actuar con lealtad, honestidad y sinceridad, siendo las características principales de una persona correcta con el fin de crear confianza, seguridad y credibilidad.

Es menester recordar que el principio de la buena fe es uno de los preceptos constitucionales más importantes en nuestro país, pues nuestra cultura arrastra a las personas a la desconfianza y su finalidad es enseñar a presumir las buenas intenciones.

Además, la corte también se pronuncia sobre los aspectos del derecho comercial, donde advierte que los negocios que se desarrollen dentro de la autonomía de la voluntad deben respetar el principio de la buena fe con el fin de respetar la moral, el orden público, la

seguridad e impedir el abuso y con ello, preservar los derechos ajenos. Se entiende entonces, para la Honorable Corte, que cada vez que una persona firma un acuerdo con otra, se presumen que estas actúan con honestidad, sinceridad y lealtad y por ende se la intención no es defraudar los intereses y derechos de terceras personas.

También alude que cuando se vulnera el principio de la buena fe, por ejemplo, dentro del derecho asociativo existen herramientas como la teoría del levantamiento del velo corporativo, donde se les atribuye a los socios o a los accionantes directamente las consecuencias jurídicas y, por lo tanto, de defraudar la buena fe y los intereses de terceros se deberá acudir a los mecanismos de defensa jurídicos que la ley les brinda.

*b) El contrato de cuentas en participación es acorde con el libre ejercicio de la actividad económica y el bien común.*

La Honorable Corte (Corte Constitucional Sentencia C-616, 2001) define la libertad económica como “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”. Gracias a esta libertad todos tenemos también derecho a la libre competencia sin olvidar que esa deriva responsabilidades, y ambos derechos son iguales para todos, sin privilegiar a nadie y por ende se garantiza tanto para personas naturales como jurídicas.

La libre competencia además debe ir de la mano de la protección del interés social o general y el bien común, y su finalidad principal es la de brindar a la población la posibilidad de desarrollarse económicamente y satisfacer así sus necesidades e intereses.

La Honorable Corte así mismo expone que la libertad económica promueve la libertad de empresa y su aplicación está muy encaminada a materializarse a través de políticas y

agentes económicos de mercado y estarán limitados siempre por el interés social y el bien común. La corporación en su sentencia C-5524 de 1995 la define así:

Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia.

Con todo y lo anterior, se puede decir entonces que el desarrollo económico debe ser conforme al Estado Social de Derecho y contrariar el interés general y el bien común debe ser sancionado de manera contundente y razonable. La Corte aclara que nuestro Estado tiene medidas legales en pro de limitar la actividad económica encaminadas a proteger nuestra Carta Constitucional y las limitaciones buscan conciliar los intereses de las personas que ejercen la actividad económica y por lo tanto los artículos demandados deben ser declarados exequibles.

### ***12.2. Principios del Derecho***

A diferencia del contrato de fiducia donde se desarrollaron cada una de las soluciones concretas a cada problema planteado, después de un estudio exhaustivo del contrato de cuentas en participación, según nuestra legislación encontramos que no existe mucha jurisprudencia sobre sus problemas y soluciones, como también dilucidamos al estudiarlo que tiene muchas diferencias muy notorias con el contrato de fiducia y por lo tanto es muy difícil acoger por analogía las soluciones de este último.

Además, aunque algunos problemas podrían considerarse parecidos, como por ejemplo el hecho de ocasionar conflictos frente a terceros a la hora de querer accionar frente a las

partes del contrato o perseguir los bienes objeto del negocio, las soluciones que se darán para el contrato de cuentas en participación serán enfocados en cuatro principios fundamentales del derecho, los cuales nos brindaran herramientas para solucionar cualquiera de los conflictos mencionados en el acápite de los problemas de este contrato.

Al ser la jurisprudencia tan escasa, la doctrina fue aquí la luz al final de túnel, y estos principios, según Ortiz Tovar (El contrato de cuentas en participación, 2017) son: el principio del abuso del Derecho, principio de no causar daño y la aplicabilidad de la teoría del levantamiento del velo corporativo.

#### *a. Principio del abuso del derecho*

Podemos definir el abuso como aquella conducta que sobrepasa un legítimo derecho y se desvía de su finalidad (Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. , 1942).

Cualquier uso inapropiado e irrazonable que se haga de un derecho bajo un carácter meramente intencional y se desvíe de la finalidad y objeto de ese derecho será considerado como abuso de él y se debe hacer responsable por ello a su agente.

Recordemos que el contrato de cuentas en participación tiene como finalidad la de desarrollar una actividad económica donde una de las partes realiza un aporte para poder materializar dicha actividad y otra gestiona, administra, desarrolla el negocio, siendo esta, una persona con amplio conocimiento por tener carácter de comerciante, para obtener ciertas utilidades y ganancias para repartirlas al finalizar entre los dos.

Entonces, bajo los supuestos fácticos de los problemas desarrollados en el capítulo anterior, podemos analizar que puede existir un abuso del derecho por parte del partícipe inactivo cuando se aprovecha de su carácter oculto que le brinda la ley, como también puede abusar el gestor en el supuesto de encontrarse insolvente y no poder responder frente

a terceros, pues estos últimos no pueden entablar acciones frente al partícipe oculto para reclamar por su responsabilidad. Podría decirse que, en este sentido, el partícipe oculto se vuelve un agente “irresponsable frente a terceros”, quienes, pese a no ser partes del contrato pueden estar permeados por las consecuencias de este y, por lo tanto, deben ser considerados y tenidos en cuenta.

En estos casos, y a partir de la definición de abuso del derecho, podemos deducir que los partícipes se alejan de la finalidad del contrato de cuentas en participación y la intencionalidad es otra que puede afectar a terceros ajenos al contrato o llegar a contrariar el interés general tan protegido por nuestra constitución. Pero ¿cómo se puede determinar que existe un abuso del derecho que obligue a responder a las partes? Para nuestra doctrinante Ortiz Tovar (2017) para que se pueda declarar abuso del derecho se necesita de los siguientes requisitos:

1. La existencia de una acción permitida por una regla.
2. La producción de un daño como consecuencia, intencional o no de esa acción.
3. El carácter injustificado de ese daño a la luz de balance entre los principios relevantes del sistema.
4. La generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera.

De acuerdo con lo anterior, se configura un abuso del derecho cuando:

- (i) Existe un acto o conducta permitida por una norma o ley, en este caso el contrato de cuentas en participación se encuentra consagrado en el Código de Comercio y faculta al partícipe inactivo a permanecer oculto y al gestor no le restringe el poder contratar con terceros;

- (ii) La producción de un daño intencional del gestor de no dar a conocer su insolvencia y es desconocimiento de la identidad del partícipe inactivo;
- (iii) El daño ocasionado resulta injustificado, inapropiado e irrazonable, y todo daño debe ser reparado. En este punto es donde está la razón de ser de este principio dentro de este contrato, pues como ya se sabe, el gestor es el único responsable frente a terceros y por ende el partícipe oculto está protegido por la misma figura contractual, pero cuando este últimos conoce desde el momento precontractual la insolvencia del gestor y además utiliza esta figura con intenciones ilícitas para permanecer con su identidad secreta se configura abuso del derecho y por ende esta llamado también a responder y reparar los daños causados;
- (iv) Los requisitos anteriores nos llevan a la creación de una nueva regla, estableciendo que al existir un abuso del derecho dentro del contrato de cuentas en participación, el partícipe oculto deba estar llamado a responder;

***b. Del principio de no causar daño.***

Los principios son valores jurídicos muy ligados a la ética y moral ciudadana, cuya vigencia depende de la existencia de un sentimiento generalizado de la población que permita reconocerlos, sea, a modo de ejemplo la premisa “no debe causarse daño a nadie” que proviene de la expresión *neminem laedere*, famosa en el derecho romano por constituir la base para la convivencia de las sociedades civilizadas. Así vemos que desde el comienzo se ha buscado un sistema de responsabilidad que vele por el resarcimiento del daño tanto patrimonial como personal. En este punto es donde se establece que no basta solo con pagar un monto determinado sino reparar a la persona afectada; otro ejemplo claro de este sistema lo encontramos en el Código de Hamurabi el cual contenía la norma de “ojo por ojo y diente por diente”, donde se emplea un estrategia cruel y vengativa de responsabilidad. En otras palabras, debemos tener en cuenta que la responsabilidad tiene dos divisiones, la

primera es de carácter patrimonial y la segunda vela por el bienestar del sujeto. Desde el contexto patrimonial, se desea satisfacer al acreedor por parte del deudor, incluso cuando este incumple sus obligaciones; y desde el ámbito personal, se debe velar por la tutela y protección del derecho vulnerado. Recordemos que, en Colombia, según la legislación existente, cuando todas las partes obtienen beneficio de un contrato, ambas son responsables por culpa leve, y todas las personas que cometieren culpa están obligados a la indemnización sin perjuicio de la pena principal que se la haya establecido para dicha conducta. Conforme a este argumento, el contrato en objeto brinda beneficios para el partícipe inactivo y el gestor, y a la hora de afectar un tercero ambos resultan responsables. (Ortiz Tovar, 2017)

El contrato de cuentas en participación genera un nexo causal entre las condiciones que establece y el hecho dañoso, teniendo en cuenta que en el momento que un contrato se ejecute de manera debida, el gestor respondería en los términos del artículo 510 del Código de Comercio, en el cual debe figurar como único dueño del negocio en las relaciones frente a terceros.

*Neminem laedere* es usado principalmente como principio regulador del Estado para el ciudadano, pero puede ser de igual forma aplicado entre ciudadanos puesto que ningún particular debe estar obligado a soportar el daño producido por una persona ajena.

En definitiva, el partícipe oculto conoce los límites de su responsabilidad al no hacer parte de las relaciones contractuales que existen entre el gestor y los terceros, pero si el partícipe conoce la insolvencia del gestor al suministrar el aporte, el contrato de cuentas en participación sería la causa que genera el perjuicio a terceros, porque no pueden reclamar la responsabilidad al gestor por su insolvencia ni al partícipe por la restricción legal, ya que la legislación mercantil le da garantías excluyéndolo de responder por el perjuicio producido a los terceros.

Los terceros se convertirían entonces en víctimas de un daño irreparable y un perjuicio patrimonial que en un principio sería solo atribuible al gestor por su insuficiencia al no cancelar los valores adeudados a los terceros, pero en realidad tanto el partícipe activo como la parte oculta tienen la autoría y les es imputable el daño, dado que ambos son causantes del perjuicio, el gestor por su imposibilidad para responder y el partícipe secreto por conocer las condiciones en las que se plantea el contrato.

Así ambos autores deben tener una responsabilidad solidaria del daño que han cometido, es por esto que el partícipe deberá solventar los perjuicios generados a los terceros por parte del contrato de participación ejecutado por el gestor, basándose en el principio *neminem laedere*.

***c. Aplicabilidad de la teoría del levantamiento del velo corporativo.***

Como ya se había mencionado anteriormente, una de las herramientas que podemos utilizar para solucionar algunos de los problemas del contrato de cuentas en participación por considerarse como un contrato de colaboración es la teoría del levantamiento del velo corporativo.

Esta figura según José A Gaitán y otros (2010, pág. 23) se define como:

El remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas o de bienes, negando su existencia autónoma como un sujeto de derecho frente a una situación jurídica en particular.

En Colombia se encuentra consagrada en la ley 1258 de 2008 en su artículo 42 y denominada como “desestimación de la personalidad jurídica” pero como su mismo

nombre implica habla sobre las sociedades con personalidad jurídica como las de por acciones simplificadas y el contrato de cuentas en participación no crea una personalidad jurídica, entonces ¿cómo podemos aplicar esta teoría al contrato estudiado?

Se podría utilizar la teoría del levantamiento bajo los siguientes presupuestos:

(i) El legislador ha previsto que en las situaciones donde no exista una legislación clara sobre el contrato se debe acudir a la normatividad de las Sociedades Comanditas Simples como lo establece el artículo 514 del Código de Comercio;

(ii) El contrato de cuentas en participación se encuentra consagrado junto con las sociedades;

(iii) En ambas figuras una de las partes se considera gestor y lleva la representación y responsabilidad del contrato y la otra parte son meros inversionistas.

Si bien es verdad que el contrato de cuentas en participación no crea una nueva personalidad jurídica, el legislador previó que en ausencia de normatividad que regulara situaciones específicas de la ejecución del contrato, estos vacíos fueran abordados por las normas de las sociedades comanditas, y estas si cuentan con la oportunidad en situaciones determinadas con la posibilidad de acudir a la teoría del levantamiento del velo corporativo y llamar a responder a sus socios por el incumplimiento y afectación a terceros.

Al no existir las herramientas suficientes para poder solucionar los conflictos del contrato, no se puede determinar entonces que, en los supuestos fácticos desarrollados en los problemas, el partícipe oculto se aventaje de ese carácter que le brinda la figura. Se deben buscar mecanismos de defensa idóneos para los terceros afectados y por decisión del

legislador y analogía de las sociedades resultan medios y herramientas importantes que facilitan la solución de muchos conflictos.

## CONCLUSIONES

Una vez culminada la monografía podemos resaltar que las instituciones contractuales analizadas pese a compartir una estructura común mantienen profundas diferencias, las cuales se perciben en la ejecución del contrato y los efectos derivados de cada convención.

Si bien es cierto que ambos contratos coinciden en la transferencia de derechos, debemos precisar que esta situación se manifiesta de manera diversa en cada uno. En el contrato de fiducia mercantil, por ejemplo, se crea un patrimonio autónomo y el fiduciario si bien tiene la titularidad del dominio, esta no es absoluta, pues está encaminada a cumplir el objeto contratado y el administrador no puede disponer a su arbitrio del bien fideicomitado. Por su parte, en el contrato de cuentas en partición la transferencia de derechos si es absoluta, a tal punto de desconocerse la existencia del partícipe oculto, lo cual permite que el gestor actúe en nombre propio frente a terceros.

Estas diferencias acarrear problemáticas adversas y soluciones no comunes, es decir, lo que pensamos que puede zanjar un problema en el contrato de cuentas en participación no puede extenderse al contrato de fiducia mercantil, pues como lo referimos, cada contrato guarda su propio desarrollo normativo y jurisprudencial. Así las cosas, nuestra hipótesis inicial se encuentra frustrada, pues en principio creíamos que era posible extender por analogía las soluciones y herramientas aplicables a una modalidad contractual determinada, sin embargo, del estudio analizado observamos que, si bien en ambas figuras pueden resultar afectados terceros relativos, las circunstancias que dan origen a esta cuestión son diversas y por ende sus soluciones también.

Una vez referido lo anterior queremos pronunciarnos de manera particular frente al contrato de cuentas en participación, pues como lo referimos al inicio de este trabajo, antes de estudiar la figura considerábamos que podía asemejarse al testaferrato y convertirse en un instrumento legal para materializar un ilícito a través de una figura contractual tipificada. Una vez concluido nuestro análisis consideramos que la diferencia entre el contrato de cuentas en participación y el tipo penal del testaferrato radica en la procedencia de los bienes transferidos, pues en el segundo sabemos con certeza que provienen de actividades ilícitas, mientras que en el primero se presume que los bienes aportados por el partícipe oculto provienen de actividades lícitas. Frente a este punto debemos considerar la presunción de buena fe, la presunción de inocencia y demás principios constitucionales que requieren más allá de una duda razonable para imputar un ilícito a un sujeto determinado.

Desde nuestra perspectiva este contrato puede facilitar el lavado de activos y demás delitos subyacentes. En razón a esto, consideramos que esta figura necesita una regulación rigurosa y que sería interesante profundizar su estudio en un análisis académico posterior.

Por último, es preciso referir que el proyecto alcanzó los objetivos propuestos, pues realizamos un análisis de cada modalidad contractual desde las diversas fuentes del derecho, determinamos las problemáticas derivadas de la ejecución de cada contrato y logramos proponer soluciones a las problemáticas encontradas.

## Bibliografía

- Álvarez Gómez, M. A. (s.f.). *Reflexiones sobre algunos contratos comerciales* .
- Álvarez Gómez, M. A. (s.f.). *Reflexiones sobre algunos contratos mercantiles*.
- American Psychological Association. (2010). *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association* (6 ed.). (M. G. Frías, Trad.) México, México: El Manual Moderno.
- Arrubla Paucar, J. A. (1997). *Contratos mercantiles* . Medellín: Diké.
- Arrubla Paucar, J. A. (2008). *Contratos Mercantiles. Contratos Típicos Tomo II*. Biblioteca Jurídica Diké.
- Arrubla Paucar, J. A. (2009). *Contratos Mercantiles Tomo IV Contratos Contemporaneos*. Biblioteca jurídica DIKE.
- Batiza, R. (1900). *El Fideicomiso*. México: Porrúa.
- Congreso de la Republica. (31 de mayo de 1873) Código Civil. (Ley 84 de 1873). DO: 2.867.
- Congreso de la República. (18 de diciembre de 1990) Ley de intermediación financiera (Ley 45 de 1990). DO: 39607.
- Congreso de la República. (5 de enero de 1993) Ley 35 de 1993. DO: 40.710.
- Carvalho Betancur, J. A. (2002). Cuentas en participación. *Visión Contable*, 141.
- Corregal, M. A. (1982). *El Fideicomiso* . Buenos Aires .
- Corte Constitucional. (13 de junio de 2001) Sentencia C-616. (MP Rodrigo Escobar Gil)
- Corte Constitucional. (20 de octubre de 2011). Sentencia C-790. (MP Nilson Pinilla Pinilla)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (14 de febrero de 2006) Sentencia 1999-1000-01. (MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1 de Julio de 2008) Sentencia 2001-06291-01 (MP William Namén Vargas)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (15 de julio de 2008) Sentencia 1998-00579-01. (MP Jaime Alberto Arrubla Paucar)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1 de Julio de 2009) Sentencia 2000-00310-01 (MP William Namén Vargas)
- Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil. (25 de Enero de 2010) Sentencia 1999-01041-01. (MP Pedro Octavio Munar Cadena)
- Dávalos Torres, M. S. (2010). *Manual de Introducción al Derecho Mercantil*. Mexico: Nostra Ediciones S.A.
- García, E. R. (1998). *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá: Salamanca.
- Garrigues , J. (1953). Tratado de derecho mercantil. *Revista de Derecho Mercantil* , I, 183.
- Garrigues, J. (1977). *Curso de Derecho Mercantil*. México: Porrúa.
- González Linares, N. (2012). *Derecho Civil Patrimonial*. Lima.

- Hinestrosa Forero, F. (2009). El contrato frente al Código de Comercio. *Foro de Derecho Mercantil*, 134.
- Jose A Gaitán Martínez, J. A. (2010). *El levantamiento del velo corporativo. Panorama y Perspectivas*. Universidad del Rosario.
- Mariani de Vidal, M. (2009). *Derechos Reales*. Buenos Aires.
- Missineo, F. (1971). *Derecho civil y comercial Tomo II*. Buenos Aires .
- Nacional, G. (2006). *Decreto 1049*. Bogotá D. C. .
- Ortiz Tovar, D. M. (2017). *El contrato de cuentas en participación*. Medellín : Biblioteca Jurídica Diké.
- Pérez Hoyos, J. G. (2011). Cuentas en Participación, Registros típicos para un contrato atípico. *Internacional Legis* , 173-200.
- Pinzon, G. (1989). *Tipos y formas de Sociedades*. Bogotá: Temis.
- Presidencia de la República. (16 de junio de 1971) Código de Comercio. (Decreto 410 de 1971). DO:33.339
- Rengifo García, E. (1998). *La Fiducia mercantil* . Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- Richard, E. H. (2008). *Sobre el Negocio de Cuentas en Participación. Bicentenario del Código de Comercio Francés*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.
- Rodríguez Azuero, S. (2017). *Negocios Fiduciarios*. Legis Editores S.A.
- Rueda Vargas, B. (1950). *Manual Práctico de Legislación Colombiana*. Bogotá: Librería Colombiana.
- Superintendencia Financiera. (18 de marzo de 2013) Concepto 2013010362-001.  
Recuperado de: <https://actualicese.com/concepto-2013010362-001-de-18-03-2013/>
- Torres, C. P. (2017). El contrato de cuentas en participación y sus problemas jurídicos mas relevantes en el derecho colombiano. *Foro Derecho Mercantil* N° 56, 7-49.
- Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (2012). *Derecho Civil*. Bogotá: Temis.