

FIDUCIA DE GARANTÍA

Alvaro Mendoza Ramírez

Asesor de la Facultad de Derecho de la Universidad
la Sabana. Profesor de Régimen Financiero
en la misma Universidad

INTRODUCCIÓN

El tema del presente escrito, en nuestro sentir, ha venido adquiriendo particular importancia y actualidad en nuestro medio, no solamente por las ventajas propias de esta forma de garantía, a las cuales adelante nos referiremos, sino también por el precedente mexicano, país en el cual ha adquirido un relieve creciente y en donde cuenta con una innegable buena experiencia que, forzosamente, atrae las miradas en nuestro medio, especialmente cuando existen notorias afinidades, por decir lo menos, entre el régimen mexicano en punto a las normas generales sobre el contrato de fiducia y nuestro estatuto comercial.

Adicionalmente, aún cuando el organismo de control encargado de la vigilancia administrativa de las entidades autorizadas para adelantar el contrato de fiducia, la Superintendencia Bancaria, inicialmente se mostró totalmente reacia a admitir esta posibilidad, posteriormente varió su actitud, como adelante se verá, permitiendo primero algunas formas de fideicomiso de garantía, muy especiales, para terminar, como ocurre en la fecha de este escrito, con una actitud amplia que, en nuestro sentir, va más allá de lo jurídicamente admisible, aspecto que igualmente será tratado en su momento.

Las posiciones del organismo de control han venido resultando decisivas en la evolución de la figura y, por ende, en el interés en el

tema, en tanto dicha Superintendencia está expresamente facultada (artículo 325, numeral 3o del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o Decreto 663 de 1.993), para “instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”. De otra parte, el mismo Despacho puede “emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales (...), cuando (...) considere que alguna institución sometida a su vigilancia ha violado (...) alguna disposición de obligatoria observancia (...)”.

Consiguientemente, la posición amplia de dicho organismo de control en la época actual se ha constituido en causa para el incremento de las operaciones de fiducia de garantía, incremento que ha llegado, incluso, a considerarla como una panacea para asegurar debidamente los derechos de los acreedores y para cercenar de un tajo aquellos de los deudores, llevando el tema, en nuestro concepto, a límites jurídicamente insostenibles.

Claro está que dicha posición de la Superintendencia, si bien abre la puerta para que las entidades vigiladas, de una parte celebren (sociedades fiduciarias) el contrato en términos que no siempre respetan los derechos del deudor cuyos créditos se amparan a través de esta forma de fideicomiso, y de otra parte acepten este contrato como garantía (establecimientos de crédito) a pesar del problema ya señalado, no quiere decir ello, ni de lejos, que el problema se encuentre superado o que la controversia no merezca ser mantenida, como algunos han supuesto. La posición de la Superintendencia no pasa de ser un criterio particularmente autorizado, si se quiere, pero solamente un criterio que, obviamente, no obliga a los jueces el día en que se vean enfrentados a la necesidad de decidir sobre la eficacia o validez de un contrato determinado (artículo 230 de la Constitución Política).

Todo lo anterior se ha venido dando en nuestro país sin que se adelante paralelamente un estudio juicioso y desprevenido sobre esta figura que, ciertamente, ofrece interesantísimas posibilidades,

pero que no puede llegar de otra parte a constituirse en un mecanismo apto para desconocer derechos fundamentales. En tal virtud, consideramos importante que se inicie en nuestro medio una reflexión, serena y alejada de los intereses concretos que han inspirado varios de los pocos planteamientos sobre el problema. Esta reflexión debe aceptar los alcances y las limitaciones del contrato, reconociendo de una parte sus ventajas y posibilidades, pero estudiando cuidadosamente de otro lado sus limitantes y el entorno jurídico dentro del cual debe operar.

Hace un tiempo, mediante oficio número 040130, fechado el día 31 de agosto de 1.989 y suscrito por el Señor Superintendente Bancario Delegado para Instituciones Financieras, la Superintendencia Bancaria se refirió al tema de la fiducia o fideicomiso de garantía, conceptuando con mayor claridad que en ocasiones anteriores que este contrato es jurídicamente válido, en cuanto el fiduciario no sea el mismo acreedor. Sin desconocer esta limitante, creemos que existen otras y a ellas nos referiremos adelante. Luego, la circular 06 de 1.991, emanada del mismo Despacho, sentó las bases para la definitiva aceptación por parte suya del mecanismo, sin mayores limitaciones en punto al respecto de los derechos del deudor cuyos créditos se amparen mediante él.

A través de este contrato, en la forma como se viene pactando en muchos casos, un deudor fideicomite bienes de su propiedad debidamente especificados, como lo exige el artículo 1.226 del Código de Comercio, dando instrucciones al fiduciario para que, en caso de que se le demuestre por uno o unos acreedores determinados o determinables del fideicomitente, la existencia de créditos insatisfechos, se proceda a la venta de los bienes fideicomitados por cualquier procedimiento comercial y, con el producto de ésta, se cancele el crédito impagado. En subsidio de lo anterior, si la venta no se produce en un plazo predeterminado, las instrucciones suelen contemplar la entrega por el fiduciario al acreedor de los bienes fideicomitados, a título de dación en pago. Los modelos más utilizados

en el medio se despreocupan de los eventuales derechos del respectivo deudor para discutir el cobro y la consiguiente solicitud a la entidad fiduciaria de proceder a la venta o dación en pago de los bienes fideicomitidos, o bien, lo cual es bastante más preocupante, expresan categóricamente que dicha solicitud debe atenderse sin ningún juicio de valor sobre ella, ni sobre los argumentos del deudor.

Por sobre las ventajas que anteriormente se venían encontrando para esta forma de respaldo crediticio, ventajas que operaban únicamente en el ámbito de la seguridad del acreedor, primero la Circular número 2053 de 1.989, originada en la misma Superintendencia y fechada el día 10. de septiembre de 1.989, sin perjuicio de mantener el criterio de que la fiducia de garantía no es una caución real, que grave a los bienes mismos fideicomitidos, permitió sí que las operaciones garantizadas con esta clase de respaldo se equiparan a créditos con garantía real, “siempre que la situación económica y financiera del respectivo patrimonio autónomo ofrezca expectativas razonables de recuperación de los créditos así amparados, de acuerdo con los estados financieros correspondientes”. Posteriormente, el tema fue retomado por el Decreto 2.360 de 1.993, en desarrollo de las facultades establecidas por la ley 35 del mismo año, según el cual la fiducia de garantía es admisible para determinar los cupos individuales de crédito en el sistema financiero, siempre y cuando sea irrevocable.

Esta forma de tratamiento presenta incuestionables ventajas para las entidades crediticias y para algunos de sus más importantes clientes, toda vez que permite incrementar los cupos individuales de endeudamiento, del 10% del patrimonio técnico de la entidad financiadora, previsto para los casos en que el respaldo está constituido por el solo patrimonio del deudor, hasta un 25% del mismo patrimonio técnico, cuando la financiación cuenta con el respaldo de ciertas garantías especiales, entre ellas la fiducia objeto de nuestro estudio. De otra parte, hace menos exigentes las provisiones que,

en caso de vencimiento y no pago de las deudas, debe efectuar la entidad crediticia al completarse una cierta antigüedad en la mora.

En las condiciones expresadas, se acrecienta el interés por esta forma de respaldo crediticio, cuyas posibilidades merecen un análisis especial, a lo cual se procede a través de los siguientes puntos:

Primero

Desde largo tiempo atrás se han ventilado en el país iniciativas en torno a la fiducia o fideicomiso de garantía, la mayoría de ellas apoyadas en el éxito de la figura en México y en las posibilidades de que, a través de ella, el acreedor pueda obviar las dilaciones, los costos y los riesgos de un proceso de cobro, además de contar con unos bienes que, por estar especialmente afectados al respaldo establecido a través del correspondiente contrato fiduciario, no pueden ser perseguidos por acreedores distintos, con las solas salvedades derivadas del texto del artículo 1.238 del Código de Comercio.

Aún cuando esta última norma tiene graves defectos de redacción, la doctrina más extendida se inclina a sostener que la posibilidad de que se persigan los bienes fideicomitidos por acreedores anteriores al acto constitutivo de la fiducia, momento que mejor habría debido definirse como el de la inscripción de dicho acto constitutivo, en la medida en que sólo a partir de ella resulta oponible a terceros, únicamente opera para perseguir tales bienes fideicomitidos previa impugnación del acto constitutivo, de conformidad con la última parte del artículo. En efecto, no se entendería cómo en caso de fraude es necesaria dicha impugnación, mientras que si se trata de acreencias simples, ellas si pueden dar lugar a medidas coactivas sobre los demás bienes, sin la mencionada impugnación. Por lo demás, fácil es entender que en la práctica no es posible perseguir bienes por cuenta de un deudor, cuando se hallen bajo titularidad distinta, lo cual evidentemente sucede en la medida en que el contrato de fiducia mercantil es traslativo del dominio.

La anterior interpretación de los alcances del artículo 1.238 se compagina con el texto de la regla que se contiene en el artículo

1.227, según la cual “los bienes objeto de la fiducia (...) *solo* garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida” (cursiva fuera del texto). Por consiguiente, estos bienes no respaldan obligaciones anteriores del fiduciante, salvo el supuesto de anulación del acto constitutivo, supuesto en el cual los bienes abandonan el patrimonio autónomo y regresan al del constituyente. Luego, el artículo 1.233 se expresa en forma parecida, al sostener que los bienes fideicomitidos “forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”, es decir, la afectación no se extiende a las deudas del fideicomitente, al menos no mientras persista el contrato de fiducia. Por su parte, el numeral 8o. del artículo 1.240 relaciona, entre las causas que extinguen el negocio fiduciario, “la acción de los acreedores anteriores”. Esta no puede ser otra que la de impugnación, ya que solamente ella permite que termine el negocio fiduciario, lo cual no sucede con la de simple persecución de los bienes fideicomitidos, salvo que dicha persecución los agote y haga imposible la continuidad del contrato, como se prevé en el mismo artículo.

En las condiciones expresadas, la fiducia de garantía vendría a constituirse en el respaldo óptimo para una obligación principal, en cuanto se contaría con la afectación exclusiva de los bienes fideicomitidos, en los términos de los artículos 1.227 y 1.233 del Código de Comercio; con la imposibilidad de que éstos sean perseguidos por acreedores distintos, con la única salvedad que deriva de los párrafos inmediatamente anteriores; con la instrucción, que siempre se da el fiduciario, en el sentido de abstenerse de gravar al patrimonio autónomo con acreencias diferentes o cuando éstas superen determinados límites sobre el valor de los bienes fideicomitidos o un margen entre éste y el monto de las acreencias; con el manejo de los bienes por una entidad seria y responsable, y por último, con la independencia de los bienes frente a circunstancias sobrevinientes del fiduciante-deudor.

Sin embargo de lo expresado, la continuada mención de la experiencia mexicana olvida que en dicho país la “ley reglamentaria del servicio público de banca y crédito”, publicada el día 22 de febrero

FIDUCIA DE GARANTÍA

de 1.986, pero que en buena parte reprodujo en el aspecto que nos interesa normas anteriores, vigentes desde 1.982, incluye en su artículo 64 una norma que permite liquidar las fiducias de garantía a través de un procedimiento especial, previsto en el artículo 341 de la “ley general de títulos y operaciones de crédito”.

Este último artículo contempla un trámite por el cual se pide al Juez la venta de los bienes, cuando se venza y no se cancele la operación garantizada, dándose al deudor un traslado inmediato y la oportunidad de que, en el término de tres (3) días, pueda oponerse a la venta demostrando ante el Juez el pago de crédito. La venta, por lo demás, debe efectuarse al precio de cotización en bolsa y, a falta de ésta, por medio de corredor o de comerciantes establecidos en la plaza. Todo lo anterior, con el fin evidente y ciertamente ajustado a los principios generales de derecho de proteger los intereses del constituyente de la fiducia.

Como consecuencia de lo expresado, en el derecho mexicano, cuyas experiencias se invocan con tanta frecuencia para hacerlas decir algo diferente de sus verdaderos alcances, el deudor que garantiza su crédito a través de una fiducia de garantía conserva incólume su derecho de defensa y no puede ser desposeído de sus derechos, ni obligado a pagar, sino en virtud de los trámites previstos en la ley.

Desafortunadamente, en nuestro país no contamos con un procedimiento especial que, a la par que permita una liquidación ágil de las consecuencias de una fiducia de garantía, defienda los derechos del deudor constituyente de la misma. Por tal razón, nos vemos precisados a apoyar cualquier acción de cobro, cuando consta en un documento que produzca mérito ejecutivo, en los trámites del procedimiento previsto para estos casos, procedimiento que contempla la posibilidad de que el deudor presente toda suerte de excepciones y que le establece una serie de garantías (que el Juez determine los bienes que se le perseguirán, entre aquellos denunciados por el acreedor; que el deudor pueda pedir la reducción de la medida

correspondiente; que no se pueda disponer de éstos sin un previo avalúo sujeto a controversia por las partes; que la liquidación de las cosas perseguidas se haga mediante una pública subasta; etc.)

Segundo

En nuestro régimen jurídico el artículo 29 de la Constitución Nacional estableció perentoriamente que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente *y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*” (cursiva fuera del texto).

La transcripción anterior, que en el artículo 26 de la antigua Carta Magna tenía un sabor marcadamente penal, fue siempre tomada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, seguida en este punto por la generalidad de la doctrina, en el sentido de que es aplicable a cualquier clase de materias jurídicas, cualquiera sea su naturaleza, en la medida en que se consagra el derecho de defensa que constituye una garantía ciudadana. Hoy, vigente la nueva Constitución, no queda duda alguna sobre el particular, en tanto en cuanto ésta dispone expresamente que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

En la fiducia de garantía, hecha afectiva al margen de los procedimientos previstos en la ley, en mi criterio y bien a pesar del concepto de la Superintendencia Bancaria, se desconoce por regla general dicho derecho de defensa, en cuanto el fiduciario esté obligado a vender los bienes fideicomitidos y a cancelar un crédito, sin que el deudor tenga la oportunidad de discutir el cobro o la forma y alcances del mismo, si es que tiene argumentos para hacerlo o, al menos, cree tenerlos.

Por la razón expresada, no teniendo nosotros, como sí lo tiene el procedimiento mexicano en el caso de una fiducia de garantía, un trámite especial para liquidar un crédito amparado con un fideico-

miso, tendríamos que acudir a la “plenitud de las normas propias”, del proceso ejecutivo, previsto en nuestro régimen jurídico para el cobro de deudas “claras, expresas y exigibles” (artículo 488 del Código de Procedimiento Civil), si es que lo son. Marginarse de la “plenitud de las formas propias” de dicho proceso, implicaría desconocer el derecho de defensa, constitucionalmente consagrado, derecho que sí se establece mediante los trámites del proceso ejecutivo, dentro del cual el demandando tiene la facultad de proponer excepciones. Más aún, si la obligación correspondiente no reúne los requisitos del artículo 488 antes citado, sería preciso acudir al juicio plenario para establecer previamente la existencia, alcances y exigibilidad correspondientes.

El derecho de defensa no puede ejercerse ante el fiduciario, toda vez que éste no está investido del poder jurisdiccional, de la facultad de definir el derecho aplicable cuando éste no se reconoce espontáneamente, potestad que la norma de nuestra Carta Magna (artículo 228) establece como función eminentemente pública, y que el artículo 116 reserva para una serie de órganos propios de la rama judicial, además de las específicas funciones de carácter jurisdiccional que se atribuyen al Congreso Nacional; que se pueden también asignar en “materias precisas” a determinadas autoridades administrativas, y que es posible que correspondan igualmente a los particulares, pero sólo en la condición de conciliadores (?) o en la de árbitros.

Por consiguiente, no es dable pensar en que si un deudor desea discutir su pago, sea el fiduciario el que establezca si hay o no razón para esta conducta.

Por lo demás, en mi criterio, ninguna institución fiduciaria debería aceptar esta función, de serle posible, toda vez que tendría que responder de las decisiones tomadas en caso de que un juez estimara posteriormente que no fueron acertadas. El poder jurisdiccional, ciertamente, puede equivocarse y de hecho se equivoca con frecuencia, en la medida en que está sometido a las inevitables falencias humanas, pero sus miembros sólo responden en caso de manifiesta

ilegalidad del acto producido, cuando obran “con error inexcusable”, de acuerdo con el numeral 3o. del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil. No sucede lo mismo con los particulares, sometidos a responder de su conducta y de los perjuicios que causen con ella a terceros, en la medida en que, debiendo conocer el derecho, lo apliquen mal.

La garantía del debido proceso, establecida por la Constitución Nacional desde los albores mismos de la República, fue expresamente recogida por el Código Civil, a través de su artículo 2.417, norma en la cual se dispuso que “no se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia”. Si no es posible tomar precariamente un bien del deudor contra su voluntad, “para que sirva de prenda”, menos aún lo es disponer de manera definitiva de dicho bien, si el deudor no acepta el correspondiente acto dispositivo. En este sentido, según los términos de la doctrina nacional, el Código Civil repudia el llamado “pacto pignoraticio” o “pacto comisorio”, dando a esta última palabra una acepción más acorde con su etimología y obviamente distinta de aquella a la cual se refiere el artículo 1.935 del mismo Código Civil.

En este punto y antes de seguir adelante con el recuento de las reglas de nuestro régimen jurídico que repudian la indefensión del deudor, conviene considerar que el contrato de fiducia, bien a pesar de los esfuerzos realizados por la doctrina, tanto nacional como de derecho comparado, para establecerle linderos con el mandato, es con todo un acto de delegación. En efecto, un somero repaso de los artículos 1.226 y siguientes del estatuto mercantil, mediante los cuales se reglamenta el contrato, permite sostener que el fiduciario recibe los bienes fideicomitidos para cumplir con ellos uno o varios propósitos que interesan al fideicomitente. Consiguientemente, dicho fiduciario obra en interés de quien constituye la fiducia y por instrucciones suyas, las cuales no debe desatender, en tanto es un deber indelegable suyo (artículo 1.234) el de “realizar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”. Así las cosas, la disposición de los bienes objeto del contrato, si bien la

hace el fiduciario como administrador del respectivo patrimonio autónomo, afecta los intereses del constituyente y, en últimas, los bienes de los cuales éste dispuso inicialmente en favor del fiduciario.

De otra parte, conviene recordar que, si bien las cosas fideicomitidas salen del patrimonio del fiduciante, son reemplazadas en éste por los respectivos derechos fiduciarios, salvo que ellos se radiquen en cabeza de un tercero fideicomisario, caso en el cual el contrato resulta doblemente dispositivo: De una parte, respecto de los bienes fideicomitados, que pasan del constituyente al fiduciario, y de otra parte, con relación a los derechos derivados del contrato para dicho constituyente, derechos que él radica en cabeza de alguien distinto, el mencionado fideicomisario. Los derechos fiduciarios antes mencionados implican la facultad de recibir los saldos líquidos del patrimonio autónomo a la terminación de éste (artículo 1.242); de cobrar las rentas de dicho patrimonio, cuando no se ha dispuesto su acumulación hasta liquidar el contrato; de hacer uso de las facultades que el constituyente se hubiere reservado (artículo 1.236); etc. Por consiguiente, la disposición de bienes del patrimonio autónomo para pagar créditos del fiduciante, que éste rechaza o discute, implica un empobrecimiento suyo, en tanto la disminución del patrimonio fiduciario repercute en los respectivos derechos en su cabeza, si dicha disminución no viene acompañada con el pago de un crédito correlativo y realmente existente, ya que en este último caso, sin bien el constituyente pierde entidad en sus derechos fiduciarios, compensa dicha pérdida con la cancelación de un pasivo a su cargo.

En razón de todo lo anterior, no cabe duda de que en tanto el fiduciario disponga de bienes del deudor para cancelar acreencias que dicho deudor discute, afecta los derechos respectivos y, si la oposición del deudor es fundada, lo hace víctima del pago de lo no debido contra su voluntad y habiéndosele cerrado la posibilidad de defenderse.

Siguiendo con el recuento de normas que respaldan la posibilidad de que un deudor discuta un cobro que se le hace, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 6o., dispone que “las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, *de obligatorio cumplimiento*, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, *se tendrán por no escritas*” (cursiva fuera del texto). Por consiguiente, cualquier pacto que quiera obviar, de una manera directa o indirecta, los trámites procesales sería completamente ineficaz y, en los términos del artículo 897 del Código de Comercio, no produciría ningún efecto, sin necesidad de previa declaración judicial.

Por su parte, el Código de Comercio fue particularmente enfático en la materia, al disponer en su artículo 1.203 que “toda estipulación que, *directa o indirectamente*, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, *no producirá efecto alguno*” (cursiva fuera del texto). Por consiguiente, también aquí se consagra la ineficacia mercantil a la cual se refiere el artículo 897 ya citado.

Aún cuando la norma últimamente mencionada habla únicamente de apropiarse de la prenda o de disponer de ella, parece fuera de cuestión afirmar que lo propio puede decirse de cualquier apropiación de bienes del deudor, en la medida en que existiendo una misma razón de hecho, debe quedar cubierta por una misma regla de derecho. Más aún, el artículo 1o. del Código de Comercio dispone que las cuestiones mercantiles no reguladas expresamente serán decididas por la analogía de las normas del mismo Código de Comercio. En este entendido, es claro que el acreedor tampoco puede disponer u ordenar que otro disponga “indirectamente” de bienes sobre los cuales tenga algún poder o facultad, “por medios distintos de los previstos en la ley”.

Tercera

Las consideraciones anteriores fueron por años aceptadas por la Superintendencia Bancaria, entidad que a través de varios concep-

tos declaró su opinión contraria, de una manera general, al fideicomiso de garantía.

Sin embargo, en el año de 1.981, a través del oficio OJ-136, fechado el día 13 de noviembre y respondiendo a la consulta de una sociedad fiduciaria, entidad que le propuso dos modelos distintos de minuta de fiducia de garantía, el organismo de control pareció cambiar totalmente su doctrina anterior, admitiendo de manera expresa la posibilidad de esta clase de contrato.

El pronunciamiento últimamente mencionado, que corre publicado en el Boletín 073 de la Oficina Jurídica de la Superintendencia, en todo caso, debe analizarse dentro del contexto en que se produjo, al aceptar los dos mencionados modelos, elaborados con el ánimo clarísimo de buscar una salida al criterio absolutamente restrictivo anterior. Por consiguiente, en nuestra opinión, dicho pronunciamiento no admitió en ese entonces totalmente la posibilidad de los fideicomisos de garantía, aún cuando sí abrió parcialmente la puerta para ellos.

En uno de estos modelos, con el fin de evitar el quebrantamiento de la garantía del debido proceso, se procedía a instruir al fiduciario para que, no cancelándose oportunamente la deuda amparada, comenzara a realizar bienes fideicomitidos, no para pagar el crédito, sino para adquirirlo por su valor de capital e intereses causados. Por este camino, se pretendía habilidosamente esquivar los problemas derivados de un pago que pudiera contrariar la voluntad del deudor y privarlo de las garantías jurídicamente reconocidas. Sin embargo, fácil es advertir que el mencionado modelo constituye un fraude a la ley, toda vez que la circunstancia de que se adquiriera un crédito con el producto de bienes del deudor equivale a pagarlo, máxime si se tiene en cuenta que los derechos derivados del patrimonio autónomo deben revertir al mismo deudor. En este caso, igualmente, se priva a la persona últimamente mencionada de la posibilidad de discutir el crédito.

El segundo de los modelos pretendía, con mayor habilidosidad, sortear el escollo jurídico, determinando que el fiduciario sólo estaría obligado a realizar los bienes fideicomitidos y a pagar con el producto de dicha realización, una vez que el acreedor hubiera obtenido sentencia judicial ordenando seguir adelante la ejecución, previo debate de las eventuales excepciones propuestas por el deudor, en caso de que éstas se hubieran presentado. Por este camino, según se afirmaba, se producía el respeto a la garantía del debido proceso, a la vez que se sostenía que el acto dispositivo de bienes se apoyaba en una decisión de tipo jurisdiccional.

Sin embargo de lo anterior, vale la pena recordar que el artículo 29 de la Constitución Política exige la observancia de “*la plenitud de las formas propias de cada juicio*” (cursiva fuera del texto), es decir, que no puede omitirse ninguna de ellas, toda vez que todas están establecidas para fijar un adecuado marco de garantías a las partes. Por el camino últimamente mencionado, el deudor se ve privado de derechos tales como los siguientes:

a) El de que la persecución de sus bienes se limite a lo necesario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, o que posteriormente se reduzcan los embargos, según lo autoriza el artículo 517.

b) El de obtener que no le embarguen bienes o que se levanten los embargos ya practicados, en los términos señalados por el artículo 519 del mismo Código, con el fin de impedir que la paralización de sus activos le cause perjuicio.

c) El de que los bienes perseguidos sean debidamente evaluados para que no se enajenen a menosprecio y que el avalúo pueda ser objetado, tal como lo contempla el artículo 516 de dicho Código.

d) El de que se le reconozca el beneficio de competencia previsto en el artículo 518.

e) El de que los bienes se dividan en lotes para su mejor enajenación (artículo 520), y el de que la venta se produzca de conformidad con lo previsto en los artículos 523 y siguientes.

f) El de que el crédito y las costas sean debidamente liquidados por el Juez (artículo 521), pudiendo por lo demás el ejecutado discutir la liquidación efectuada.

Garantías como las antes mencionadas se desconocerían, en la medida en que un fiduciario proceda a enajenar los bienes fideicomitidos sin ninguna participación del deudor, así sea para cumplir una sentencia judicial previa que ordena llevar adelante una ejecución. No basta, entonces, que el deudor pueda discutir el crédito, sino que es preciso que éste se haga efectivo observando “la plenitud de las formas” del correspondiente proceso, lo cual no sucede en el caso que analizamos.

A la argumentación anterior salió parcialmente al paso en el mes de febrero de 1.993, en el curso de un Congreso dedicado al tema que ahora nos ocupa, el ilustre tratadista de derecho procesal doctor HERNÁN FABIO LÓPEZ, afirmando entre otras cosas, sobre las cuales adelante se volverá, que algunas de estas garantías no constituyen un verdadero beneficio para el deudor, como ocurre con la venta en pública subasta que, al tenor de la experiencia judicial, está permitiendo enajenaciones a menosprecio, en tanto no siempre es debidamente publicitada y suele ser víctima de la necesidad de pago de contado, que normalmente es enemiga de una buena operación comercial. Lo anterior es evidentemente cierto y amerita una corrección de la ley en este sentido, pero nunca un desconocimiento de la misma.

Conviene en este punto analizar igualmente un procedimiento, sobre el cual no existen criterios del organismo de control, consistente en delegar en un llamado “Comité Fiduciario” la toma de las decisiones propias del contrato de fiducia, con el fin de que, de una parte, se eviten responsabilidades a cargo del fiduciario, toda vez que éste se limitará a cumplir instrucciones, y de otra parte, pueda

afirmarse que la disposición de bienes del deudor-fideicomitente se hizo con anuencia de su voluntad o, al menos, de la de sus representantes, a través del “Comité Fiduciario”.

Ante todo, es preciso advertir que la designación de un cuerpo de esta clase no elimina la responsabilidad del fiduciario, toda vez que éste tiene como deberes “indelegables”, al tenor del artículo 1.234, los de “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”, y el de “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, *del beneficiario* y aún del mismo constituyente” (cursiva fuera del texto).

De otra parte, las autorizaciones para disponer de los bienes fideicomitidos solamente podrían entenderse como dadas por el representante del deudor, en la medida en que el llamado “Comité Fiduciario” sea verdaderamente emanación de su voluntad, para que pueda decirse que actúa por cuenta del fideicomitente y que la disposición “indirecta” de los bienes de éste se hace con autorización de sus delegados. Es de advertir que frecuentemente estos “Comités Fiduciaros” se imponen al fiduciante por el acreedor y que en no pocas ocasiones se trata de personas designadas por este último, con lo cual no puede decirse que tengan propiamente mandato del fideicomitente.

En las condiciones expresadas, sería posible atacar la simulación derivada de la voluntad aparente del deudor, al designar unos representantes que le vienen impuestos por su contraparte, o invocar directamente la circunstancia del origen debidamente exteriorizado en la designación de los miembros del “Comité Fiduciario”.

Aún un Comité totalmente independiente de las partes, no representaría la voluntad del deudor con independencia de los criterios de éste, como normalmente lo exigen los acreedores, habida cuenta de la eminente revocabilidad del mandato, ni podría decirse que ejerce delegación de éste para que disponga de bienes que le interesan, salvo el caso del mandato irrevocable (artículo 1.279). Pero éste a su vez constituiría un nuevo mecanismo tendiente a cercenar

el derecho de defensa, excepto cuando el mencionado Comité, siendo absolutamente independiente del acreedor, esté facultado ampliamente para definir todo lo relativo al ejercicio del mencionado derecho.

Las transcripciones que se hacen en el Oficio OJ-136 de la Superintendencia Bancaria, tomadas de tratadistas mexicanos, alguna de ellas con citación de un texto de la Corte Suprema de Justicia de México, no solamente no son de recibo en nuestro país, cuya tradición jurídica no se amolda exactamente a la mexicana, sino que además se trata de apartes que, examinados fuera de contexto, producen una idea equivocada. Lo anterior, especialmente en cuanto se olvide que el derecho mexicano contiene normas especiales para liquidar los fideicomisos de garantía, normas cuya aplicación constituye en tales casos el “debido proceso” y que, no existiendo entre nosotros, hacen forzoso aplicar el único “debido proceso” de cobro, es decir, la integridad de los trámites del juicio ejecutivo.

Cuarto

A todo lo anterior puede agregarse la consideración de que si una fiduciaria se obliga a enajenar bienes de un deudor y a cancelar créditos a su cargo, aún contrariando su voluntad, se colocaría en una muy difícil posición, como ya ha sucedido en precedentes de amplia resonancia.

En efecto, de una parte se verá presionada por el acreedor en el fideicomiso para que cumpla las instrucciones fiduciarias, tal como se desprende del numeral 1o. del artículo 1.235 del Código de Comercio. Frente a lo anterior, si el deudor desea discutir el pago, invocará la ineficacia del pacto que permite despojarlo de sus derechos fiduciarios a recobrar los bienes fideicomitidos, en la medida en que se permite disponer de ellos sin su voluntad y sin que pueda ejercitar, con “la plenitud de las formas propias” del correspondiente proceso, el derecho de defensa, incuestionablemente reconocido por nuestro régimen jurídico.

No hay que olvidar que, a pesar de que el fiduciante contractualmente haya autorizado la disposición futura de sus bienes, autorización que se traduce en la imposibilidad de defenderse posteriormente del cobro que se le haga, esta autorización no puede ser válida, en la medida en que se traduzca en la circunstancia de colocarlo en un estado de indefensión.

Los derechos fundamentales consagrados en el Capítulo 1o. del título II de la Constitución Política, como lo ha afirmado reiteradamente la doctrina del derecho público, pueden no ser ejercidos por su titular, pero no puede renunciarse a su ejercicio futuro. Tal como lo afirma el artículo 15o. del Código Civil, “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren el interés individual del renunciante, *y que no esté prohibida la renuncia*” (cursiva fuera del texto). La norma siguiente, el artículo 16, establece que “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”. Es claro y así lo ha afirmado reiteradamente la doctrina, que los llamados por la Constitución Política “derechos fundamentales” son normas vinculadas al orden público, cuya renuncia no está autorizada.

Dentro del orden de ideas anteriormente expresado, resulta posible que alguien, por vía de ejemplo, declare voluntariamente en su contra, pero no sería válido el pacto que lo obligara a esta conducta. De la misma manera, es posible no ejercitar el derecho de asociación, pero no es lícito obligarse de una manera general a esta conducta. Cualquiera puede no presentar peticiones respetuosas a las autoridades, si entiende que no es necesario hacerlo, pero no puede comprometerse a prescindir de este derecho constitucionalmente reconocido.

Luego de promulgada la nueva Carta Magna, la pretensión de desconocer judicial o administrativamente el derecho de defensa, si el deudor interpone acción o querrela para oponerse a la venta o disposición de sus Fondos, podría ser objeto de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Magna. La reglamentación de ésta se extiende a la protección contra actos de los particulares,

cuando el peticionario se encuentre en estado de indefensión y la medida contra la cual se esgrime el mecanismo de la tutela amenaza con producirle un perjuicio irremediable (artículo 42 del decreto 2.591 de 1.991), no teniendo por otra parte suficiente eficacia inmediata una acción tendiente a discutir el respectivo contrato.

En desarrollo de lo anterior, un deudor puede no defenderse de un cobro de su acreedor, en cuanto entienda que dicho cobro es legítimo o en cuanto considere que no es del caso proponer excepciones. Sin embargo, no puede colocarse en un estado tal dicho acreedor pueda disponer de sus bienes, “directa o indirectamente”, como lo establece el artículo 1.203 del Código de Comercio, sin su voluntad y sin que, en el momento en que se le hace efectivo el cobro, pueda ejercitar los medios de defensa que considere pertinentes.

No hay que olvidar que, entre el momento en que alguien se obliga a pagar y aquel en que se le hace efectiva esta obligación, ordinariamente transcurre un cierto tiempo, durante el cual pueden haberse presentado hechos sobrevinientes que justifiquen la negativa al pago o la proposición de excepciones. Así, por ejemplo, puede haber nacido una obligación paralela y correlativa a cargo del acreedor y a favor del deudor que, reuniendo los requisitos previstos en los artículos 1.714 y siguientes del Código Civil, permita alegar la compensación. Igualmente, puede suceder que el deudor haya ya pagado y, por consiguiente, tenga derecho a defenderse de un nuevo cobro. O es posible, también, que la obligación haya prescrito y que, por ende, sea viable la excepción correspondiente. En fin, entre la fuente de la obligación y el momento de su cobro, pueden haber variado las circunstancias, de tal manera que el deudor que autorizó que se le cobrara, suscribiendo el documento en que confiesa la deuda y creando un mecanismo para satisfacerla, deba empero ejercitar el derecho de defenderse en virtud de las nuevas condiciones en que se encuentra.

Quinto

Acaso la argumentación más sólida contra todo lo anterior es aquella que se apoya en la alegación de que, con todo, el deudor aceptó

voluntariamente la situación, teniendo normalmente plena voluntad y consentimiento durante el acto constitutivo, razón por la cual no se dispone arbitrariamente de su bienes para pagar una obligación a su cargo, sino en virtud de una voluntad suya, así ésta sea anterior al acto dispositivo y haya variado en el entretanto.

El mismo tratadista doctor HERNÁN FABIO LÓPEZ, en la intervención ya citada, se hace vocero con especial brillo de esta posición, al expresar cosas como las siguientes:

“Sostener que se viola el principio del debido proceso sería tanto como aseverar que si un mandante da instrucciones a su mandatario para enajenar un bien y con su producido pagar determinada deuda una vez haya sido cobrada, por actuar el mandatario en acatamiento de lo establecido en el contrato y proceder a vender y pagar, está violando el derecho del mandante (...). Si la fiducia en garantía *tiene como específico objeto cumplir con las instrucciones* (cursiva fuera del texto) (art. 1.234, numeral 1 del C. de Co.) del fiduciante y se ha traspasado determinado bien o conjunto de bienes para que entren a integrar el patrimonio autónomo administrado y representado por el fiduciario, si se dan los supuestos previstos en las instrucciones, nada obsta para que se enajene el bien y con su producto se pague la obligación del tercero acreedor beneficiario o, inclusive, si así se dijo en las instrucciones previas, se le transfiera en dación en pago, pues es esa la finalidad perseguida con esta especial modalidad”.

Seguidamente sostuvo: “Indicar que con la fiducia en garantía se viola el debido proceso por cuanto se desconoce el artículo 2417 del C.C. donde se dispone que “no se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia” implica un craso desconocimiento de los supuestos de la disposición transcrita, pues lo que se pretende proscribir con ella es que *contra la voluntad del deudor se tome como garantía un bien, posibilidad por completo contraria a lo que se ob-*

tiene en el contrato de fiducia en garantía donde el deudor en uso de sus facultades de disposición de bienes lo transfiere libre de apremio al patrimonio autónomo que se constituye, sin que el acreedor se apropie de él en contra de su voluntad (...)"(cursiva fuera del texto).

Si bien es verdad que las autorizaciones para disponer de los bienes fideicomitidos provienen de la voluntad del deudor, no es menos cierto que si dicha disposición se produce luego, en contra de la misma voluntad y cuando dicho deudor entiende necesario discutir el cobro que se le hace, se está procediendo contra su querer. Este debe juzgarse en presente y no en pretérito. Fácil resulta entender que, cuando el deudor contrajo una obligación, expresó igualmente su voluntad, sin que sea dable sostener que, por lo tanto, deberá siempre pagar en el futuro, cuando en el intermedio pudieron haberse presentado circunstancias que justifiquen su rechazo al cobro que se le haga. De seguir el razonamiento anteriormente presentado, sería preciso admitir la posibilidad de que alguien se obligue y, paralelamente, en forma libre y consciente, se comprometa a no discutir en el futuro, bajo ningún supuesto, los derechos del acreedor, así se presenten circunstancias que apoyen la facultad de interponer argumentos contra dichos derechos anteriores o iniciales, máxime cuando estas circunstancias provienen de hechos sobrevinientes y desconocidos en el momento del contrato.

Ya vimos como entre el momento en que alguien se obliga y aquel en el cual debe satisfacer su compromiso, pueden presentarse novedades que justifiquen la defensa del obligado. De lo contrario, la única excepción posible sería la de inexistencia de la obligación, porque solamente ella sería ajena a la voluntad del deudor, ya que él, al comprometerse, aceptó evidentemente que el acreedor le cobrara.

No puede la figura que comentamos equipararse al mandato, en tanto el mandatario representa el querer de su mandante y está obligado a proceder de conformidad con los intereses de éste, debiendo

inclusive pedir instrucciones en los casos no expresamente previstos (artículo 1.267 del Código de Comercio).

Es obvio, sin embargo, que si un deudor ordena a su mandante pagar a su nombre, dicho acto es perfectamente válido, como lo sería una fiducia sometida a las instrucciones posteriores del constituyente, cuando éste pida que se haga un pago a un tercero. La cuestión que nos preocupa, es la posibilidad de que dicho pago se haga en contra de los intereses del deudor y en oposición a su voluntad, por haberse éste sometido a un mecanismo en el cual dicha voluntad deja de contar.

Sexto

No quiere decir todo lo anterior que para nosotros sea imposible la fiducia de garantía, sino que ésta debe constituirse de una manera tal que no se viole el derecho de defensa y que no se coloque a la entidad fiduciaria en la disyuntiva de ser demandada por un acreedor que considera incumplidas las obligaciones fiduciarias establecidas en su favor, o por un deudor que alega la ineficacia o, al menos, la nulidad absoluta de los compromisos correspondientes.

El llamado entre nosotros "fideicomiso inmobiliario" ha desarrollado ya un procedimiento, ampliamente aplicado que, en nuestro criterio, es perfectamente lícito.

Consiste este procedimiento en la circunstancia de que el patrimonio autónomo, formado por los bienes fideicomitidos, tal como lo establece el artículo 1.233 del Código de Comercio, administrado por los demás por el fiduciario, según se desprende del numeral 4o. del artículo 1.234, capaz como todo patrimonio de adquirir derechos y de contraer obligaciones, se endeude para con terceros. Lo anterior ocurre, en el caso del fideicomiso inmobiliario, cuando se contratan créditos con las Corporaciones de Ahorro y Vivienda. En este caso, el acreedor cuenta con la garantía inmejorable, como ya se dijo, de una afectación primordial de los bienes para pagar el crédito contraído.

FIDUCIA DE GARANTÍA

Desarrollándose el esquema anterior, con suficiente trayectoria en el país, el patrimonio autónomo deudor, manejado por el fiduciario, puede a su vez suministrar crédito, con los recursos previamente recibidos a través de un contrato de mutuo, mediante un préstamo establecido en favor del mismo fiduciante, en la medida en que así se haya previsto en las respectivas instrucciones fiduciarias contenidas en el acto constitutivo, a las cuales está particularmente obligado el fiduciario.

También es posible que sea el mismo patrimonio autónomo resultante de la fiducia el que pueda aprovechar el crédito recibido, en interés del respectivo constituyente, interesado en las inversiones que mejoren los bienes destinados a retornar a él.

En las condiciones antes expuestas, el fiduciario, como administrador responsable del patrimonio autónomo, con responsabilidad que el artículo 1.243 del Código de Comercio extiende hasta la culpa leve, debe como todo deudor gestionar los caminos necesarios para cumplir con las obligaciones adquiridas ante la persona o entidad que haya suministrado crédito al patrimonio autónomo. Para este fin, deberá cobrar la deuda a cargo del fiduciante, llegando hasta ejecutarlo, en la medida en que sea posible y conveniente esta conducta. Si lo anterior no resultará exitoso, el fiduciario deberá, como todo administrador responsable, evitando por lo demás perjuicios al patrimonio autónomo, ante la causación de intereses moratorios y cumpliendo con las obligaciones establecidas en favor del acreedor, liquidar bienes de dicho patrimonio para hacer el pago.

Adicionalmente, en desarrollo de las previsiones del numeral 4o. del artículo 1.234 del Código de Comercio, en la medida en que el fiduciario, como administrador responsable del patrimonio autónomo, entienda que el acreedor no cobra lo debido o lo hace en condiciones que no corresponden a la ley o a lo pactado, estará obligado, con un deber que la ley califica también de "indelegable", a ejercitar el derecho de defensa contra las pretensiones de dicho acreedor,

respondiendo por lo demás de cualquier omisión en dicha conducta que perjudique los intereses del patrimonio autónomo sometido a su administración.

Resulta igualmente viable en nuestro criterio un mecanismo ya utilizado en este país, consistente en que las instrucciones fiduciarias contemplen la posibilidad de que el patrimonio autónomo entre a garantizar de manera solidaria o autónoma, según el caso, créditos adquiridos por el constituyente, situación en la cual el acreedor contará con el respaldo de los bienes fideicomitidos y puede enderezar su cobro contra éstos.

Las Resoluciones 1.394 de 1.993 y 1.032 de 1.994 de la Superintendencia de Valores, contemplan un procedimiento adicional de fiducia de garantía, permitiendo que se emitan títulos de contenido crediticio con cargo a bienes fideicomitidos. En este caso, son dichos bienes los que respaldan los respectivos títulos de deuda.

Procedimientos como los anteriores y otros que podrán imaginarse, son lícitos en cuanto respetan el derecho de defensa que queda delegado por la ley misma en el respectivo fiduciario. Éste, por lo demás, sólo estará obligado a ejercerlo dentro de los límites de lo necesario o conveniente y lo hará con altura y seriedad, circunstancias que constituyen otros tantos puntos para la tranquilidad del acreedor. Él podrá contar, no con la indefensión de su deudor, sino con la seguridad de que quien representa sus intereses solamente alegará lo necesario, siendo como es una entidad seria y responsable.

Así las cosas, de una parte, no se quebranta el derecho de defensa legalmente exigido; de otra parte, los bienes especialmente afectados responden con su valor comercial por el crédito contraído; adicionalmente, aún cuando el acreedor tenga la necesidad de esperar que el fiduciario trate de cobrar el crédito a cargo del fiduciante y proceda luego a la venta de los bienes, éstos estarán a salvo de circunstancias que hayan podido ocurrir al fiduciante, excepto la impugnación del acto constitutivo prevista en la última parte del

artículo 1.238; también, el acreedor cuenta con la tranquilidad de que el patrimonio autónomo deudor está manejado por una entidad seria y responsable, que no entrará a discutir el crédito, fuera del supuesto en que dicha discusión le resulte necesaria por no acomodarse la conducta del acreedor a lo pactado y a las circunstancias que hayan sobrevenido a la concesión del crédito; por último, el acreedor contará igualmente con la tranquilidad resultante de que, en el entretanto, la administración de los bienes estará confiada a una institución suficientemente seria y competente.

En comunicación dirigida a nosotros por el representante de la asociación de sociedades fiduciarias, doctor SERGIO RODRÍGUEZ, se afirma que las hipótesis planteadas en este escrito no constituyen fiducia de garantía *strictu sensu*, en cuanto no se trata de contratos accesorios, sino de mecanismos dentro de los cuales el patrimonio fiduciario entra directamente a responder de créditos. Siendo evidente esta afirmación, sin embargo tales procedimientos buscan que el acreedor cuente con el respaldo especial que deriva del patrimonio autónomo, dándose por lo tanto los mismos resultados prácticos que resultarían del contrato accesorio, si éste fuera posible.

En todo caso, el suscrito no descarta la hipótesis del mecanismo usual de fideicomiso de garantía, siempre y cuando éste reserve expresamente los derechos del deudor, permitiendo que él los ejerza en plenitud o que los tenga delegados en el fiduciario, con la instrucción precisa de que considere todas las circunstancias del crédito y de las partes, antes de definir el pago.

Conclusión

En las condiciones antes expresadas, sí es viable la fiducia de garantía, entendiendo la expresión en un sentido amplio, pero debe cumplir con todos los requisitos legales, entre ellos no colocar al deudor en estado de indefensión, toda vez que esta circunstancia podría generar la ineficacia del contrato de fideicomiso y colocar en difíciles condiciones a la entidad fiduciaria.

El derecho de defensa, ciertamente, puede molestar a los acreedores, pero es una garantía de los deudores, que no puede ser desconocida por los primeros. El derecho está establecido, no sólo para proteger los intereses de una de las partes, sino para asegurar a todas ellas unas reglas de juego equitativas, a través de las cuales cada una tenga la posibilidad de hacer valer sus pretensiones y sus medios de defensa con toda libertad.

Si de una parte la discusión del pago por parte del deudor puede ser molesta para el acreedor, de otra parte la pretensión no aceptable de un acreedor debe poder ser discutida por un deudor. Si entre los interesados no se produce un acuerdo, frente a una discrepancia en sus respectivas posiciones, acuerdo que generaría una solución "autónoma" del diferendo correspondiente, se impone la solución "heterónoma", confiada por nuestro régimen jurídico, exclusivamente, a las instancias encargadas de ejercer el poder jurisdiccional.

El Código de Comercio, en su artículo 971, reiterando una disposición que ya el Código Civil había expresado en su artículo 1.603, dispone que los contratos deben, no sólo ejecutarse, sino también celebrarse, "de buena fe". En otras palabras, que deben respetar los derechos y garantías de las partes y que no deben procurar ventajas excesivas para ninguna de ellas. El contrato "leonino" ha sido tradicionalmente rechazado, en la medida en que rompe exageradamente el equilibrio de las partes y prescinde de derechos fundamentales para una de ellas.

Si se observa la lenta evolución de la fiducia de garantía en nuestro medio, fácil resulta suponer que dicha lentitud se debe al empecinamiento en llevarla hasta extremos inaceptables y a las perplejidades que dicha posición ha suscitado, las cuales terminan traduciéndose en abstenciones frente a la posibilidad y no en el uso correcto de ella.

De un inolvidable profesor durante la especialización en el exterior, aprendimos que el abogado no debe aplicarse a la elaboración de contratos "*demasiado* buenos", sino que debe procurar fórmulas

FIDUCIA DE GARANTÍA

adecuadas y equitativas para reflejar la defensa de los derechos representados, sin aplastar a la contraparte, intento que frecuentemente se resuelve en nulidad absoluta o en ineficacia, por quebrantamiento de los principios tutelares en la contratación y en el derecho, el primero de los cuales es la equidad, según la regla ya citada del artículo 971 del Código de Comercio, norma que fue tomada en forma más completa del artículo 1.603 del Código Civil.