



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Barrios Reina, Juan Pablo
La fiducia mercantil como vehículo de integración empresarial
Revista de Derecho Privado, núm. 51, enero-junio, 2014, pp. 1-23
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033222009>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org



LA FIDUCIA MERCANTIL COMO VEHÍCULO DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL

JUAN PABLO BARRIOS REINA

Artículo de reflexión

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 51
Enero - Junio de 2014. ISSN 1909-7794

La fiducia mercantil como vehículo de integración empresarial

Resumen

El contrato de fiducia mercantil es una herramienta jurídica que permite a sus partes configurar de forma relativamente libre la forma en que este se ejecutará, razón por la cual ha sido ampliamente utilizado para llevar a cabo un gran número de operaciones que, en sí mismas, podían ser realizadas directamente por el fideicomitente. Dentro de ese número de operaciones se incluyen aquellas en donde se configura una integración empresarial. Las operaciones de integración no están prohibidas pero llevan a la aplicación del derecho de la competencia dentro del marco del contrato de fiducia y, en caso de no cumplirse con las normas de competencia, las consecuencias pueden afectar la existencia o validez de este último contrato. Así, este artículo tiene como objetivo mostrar que el contrato de fiducia se puede utilizar como un mecanismo de integración empresarial, presentar la interacción entre el derecho aplicable a la fiducia mercantil y el derecho de la competencia, explicar las consecuencias jurídicas que esa interacción trae consigo y demostrar que el fiduciario puede ser responsable por la celebración de un contrato de fiducia que conlleva a una integración empresarial, en caso de no cumplir con condicionamientos adicionales propios del derecho de la competencia.

Palabras clave: Fiducia mercantil, integración empresarial, fideicomitente, responsabilidad del fiduciario, deber de asesoría.

Business integration through the use of commercial trusts

Abstract

Commercial trusts allow parties to establish in a fairly wide fashion the performance of an agreement. That is the reason why trusts have been used widely to carry on business transactions that are not required to be instrumented in a trust agreement and may be developed by the settlor. Within the wide range of business operations that are developed through trusts, there are some that lead to business integrations. Using trusts in this way is not prohibited but it makes antitrust laws applicable to those contracts. The purpose of this article is to prove that trusts may be used as a mechanism to integrate businesses, to explain the interaction of applicable laws to trust with antitrust law, to explain the legal consequences of that interaction and to demonstrate that trustees may be held liable if a trust agreement turns to be a mechanism of business integration, when the agreement does not fulfill additional requirements that arise from antitrust law.

Keywords: Commercial trust, business integration, settlor, trustee's responsibility, advisory duty.

A fidúcia mercantil como veículo de integração empresarial

Resumo

O contrato de fidúcia mercantil é uma ferramenta jurídica que permite a suas partes configurar de forma relativamente livre a forma em que este será executado, razão pela qual tem sido amplamente adotado para realizar um grande número de operações que, em si mesmas, podiam ser realizadas diretamente pelo fideicomitente. Dentro desse número de operações se incluem aquelas onde se configura uma integração empresarial. As operações de integração não estão proibidas mas levam à aplicação do direito da concorrência dentro do marco do contrato de fidúcia e, caso não se cumpra com as normas de concorrência, as consequências podem afetar a existência ou validez do contrato de fidúcia. Assim, este artigo tem como objetivo mostrar que o contrato de fidúcia pode ser utilizado como um mecanismo de integração empresarial, explicar a interação entre o direito aplicável à fidúcia mercantil e o direito da concorrência, explicar as consequências jurídicas que essa interação traz consigo e demonstrar que o fiduciário pode ser responsável pela celebração de um contrato de fidúcia que leva a uma integração empresarial, caso não cumpra com condicionamentos adicionais próprios do direito da concorrência.

Palavras-chave: Fidúcia mercantil, integração empresarial, fideicomitente, responsabilidade do fiduciário, dever de assessoria.

SUMARIO

Introducción – I. PUNTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL – II. OPERACIONES DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL – A. *Definición de integración empresarial* – B. *Elementos de una operación de integración* – 1. Supuesto subjetivo – 2. Supuesto objetivo – 3. Supuesto cronológico – C. *Control previo de la operación de integración* – D. *Posibilidad de usar el contrato de fiducia mercantil como mecanismo de integración empresarial* – 1. Supuestos en los que la fiducia sería una operación de integración – 1.1. Supuesto A – 1.2. Supuesto B – 1.3. Supuesto C – 2. Aplicabilidad de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas – III. PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL USO DE LA FIDUCIA COMO UN MECANISMO DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL – A. *Reversión de la operación por parte de la SIC* – B. *Nulidad absoluta del contrato de fiducia* – IV. RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO – A. *Responsabilidad en los supuestos planteados* – V. CONCLUSIÓN – Bibliografía.

La fiducia mercantil como vehículo de integración empresarial*

Juan Pablo Barrios Reina**

Introducción

La fiducia mercantil es un contrato que sirve distintos propósitos y ha sido ampliamente utilizado en Colombia y en el mundo. En Colombia, la definición del Código de Comercio es bastante amplia¹ y, justamente por esta razón, se ha permitido su uso en gran variedad de negocios. La hipótesis que subyace a este artículo tiene su origen en esa variedad de negocios; lo que se pretende comprobar aquí es que el contrato de

fiducia puede ser utilizado como un mecanismo contractual a través del cual se consolida una operación de integración empresarial y que, de ser así, el grado de responsabilidad del fiduciario es mayor por cuanto se debe cumplir con el régimen de protección a la libre competencia, además de las normas aplicables a la fiducia mercantil.

Así, el presente artículo tiene como objeto: (i) evaluar la posibilidad de que el contrato de fiducia se utilice por el fideicomitente como un vehículo contractual para llevar a cabo una operación de integración empresarial, (ii) plantear dos supuestos en los que se ve reflejada esa posibilidad, (iii) demostrar la aplicación de las normas del derecho de la competencia al contrato de fiducia cuando en él se materializa una integración empresarial, (iv) demostrar las consecuencias jurídicas del uso de la fiducia como un mecanismo de integración empresarial y (v) explicar la responsabilidad del fiduciario en relación con las consecuencias jurídicas mencionadas anteriormente y con base en los deberes

* Cómo citar este artículo: Barrios Reina, J. P. (Junio, 2014). La fiducia mercantil como vehículo de integración empresarial. *Revista de Derecho Privado*, 51.

Artículo presentado para la asignatura de Fiducia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 22 de noviembre de 2013.

** Abogado y colegial del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, con estudios de maestría en el Washington College of Law de American University (Washington D. C., Estados Unidos). Practicante internacional en Tostes & Coimbra Advogados (Belo Horizonte, Brasil). Experiencia como paralegal en Pietocarrizosa; actualmente, abogado junior de la firma Mesa González Abogados.

1 COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 del 27 de marzo de 1971. "Art. 1226: La fiducia mercantil es 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."

que le corresponden en virtud del régimen del contrato de fiducia mercantil.

Adicionalmente, el artículo también buscará responder las siguientes inquietudes: ¿la fiduciaria tendría responsabilidad por no pedir permiso a la Superintendencia de Industria y Comercio para llevar a cabo la operación de integración o sería una cuestión que atañe solo al fideicomitente?, ¿podría la Superintendencia de Industria y Comercio reversar la operación?, ¿la fiduciaria tenía el deber de asesorar al fideicomitente diciéndole que la operación requería de autorización?

Luego de desarrollar el objeto se volverá, como ya se dijo, a la hipótesis central, sosteniendo que el fiduciario, como profesional y experto en la estructuración de negocios a través del contrato de fiducia, sería responsable por la celebración de un contrato de fiducia que conlleva a una integración empresarial si no se cumple con los requisitos de información y aprobación contenidos en el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009.

Para lograr el objetivo propuesto con este escrito, el texto se divide en cuatro partes en las que se (I) explicarán brevemente algunos temas relevantes del contrato de fiducia mercantil; (II) tratará el régimen de las operaciones de integración empresarial, trayendo a colación las definiciones pertinentes; (III) analizarán las consecuencias jurídicas del incumplimiento del régimen de integraciones empresariales, en relación con la utilización de la fiducia como mecanismo de integración; y (IV) explicará el régimen

de responsabilidad del fiduciario dentro de la interacción entre la fiducia mercantil y el derecho de la competencia. En el desarrollo del artículo se propondrán tres escenarios en los que la fiducia se puede utilizar como mecanismo de integración empresarial, en un intento de materializar los conceptos que se presentan.

I. PUNTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

De forma muy breve, y como ya se anticipó en la introducción, es importante entender el andamiaje básico del contrato de fiducia mercantil, sobre todo, con el objetivo de comprender su amplia utilización en varios esquemas de negocio. De la definición del artículo 1226 del Código de Comercio, citada anteriormente, se desprende el primer elemento esencial del contrato de fiducia, la transferencia de bienes, criterio que diferencia a la fiducia del encargo fiduciario². El segundo elemento esencial, la conformación de un patrimonio autónomo, surge del artículo 1233 del Código de Comercio que señala “Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”.

Los dos artículos citados anteriormente mencionan un punto de vital importancia para el contrato de fiducia mercantil: el cumplimiento de

² RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios. Sexta edición. Bogotá: Legis Editores, 2009, p. 787.

una finalidad determinada por el fideicomitente al momento de la constitución del patrimonio autónomo, es decir, al momento de la celebración del contrato. Esa, justamente, es la causa y el objeto del contrato, lo que guiará todo el proceso de negociación, celebración, ejecución y terminación de este.

La consagración normativa de dicha finalidad lleva a concluir que hay, como ya se dijo, dos elementos de los contenidos en el artículo 1502 del Código civil, de especial relevancia en relación con el contrato de fiducia mercantil: la causa y el objeto. La finalidad del contrato debe ser lícita (como en todos los contratos) y, además, debe tener una finalidad que el fideicomitente pueda alcanzar por cuenta propia. La responsabilidad del fiduciario, sobre todo por su carácter profesional, recaerá, principalmente, en velar porque efectivamente la finalidad no esté prohibida por la ley.

Para el desarrollo del presente artículo hay que tener en cuenta que el patrimonio autónomo que se constituye con el contrato de fiducia puede, de conformidad con el Decreto 1038 de 2009, estar afecto a actividades empresariales, es decir, actividades que “tienen por objeto principal adelantar en forma organizada la administración o custodia de bienes destinados a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios”. En ese sentido, dicha finalidad de llevar a cabo actividades empresariales debe ser lícita y debe estar, además, incluida en la capacidad (jurídica) del fideicomitente. Tal finalidad específica será la usada en el presente artículo para desarrollar el objeto y

para demostrar la hipótesis jurídica expuesta en la introducción.

II. OPERACIONES DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL

Las operaciones de integración empresarial se enmarcan dentro de la prohibición de las conductas restrictivas de la libre competencia, contenida en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009. Para dar una mayor coercitividad a esa prohibición e imprimirle efectos jurídicos contundentes, el Decreto estableció que cualquier violación a esta, es decir, cualquier conducta que afecte la libre competencia dentro del mercado colombiano se consideraría, de conformidad con el Código civil, de objeto ilícito.

La forma en que se desarrolló esa prohibición, que hace parte de la redacción original del Decreto 2153, quedó fijada en los artículos subsiguientes de la norma. Así, el Estado colombiano determinó una serie de acuerdos, actos y conductas que, cumplidas algunas condiciones, se consideran restrictivas de la libre competencia. Lo anterior quedó expresamente señalado en el inciso segundo del artículo 46 del Decreto 2153, adicionado casi diecisiete años después de la expedición del Decreto, de la siguiente forma: “Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales”.

De acuerdo con el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, las empresas que cumplan con ciertos requisitos y, además, estén planeando una operación (cualquiera sea su naturaleza jurídica) que las lleve a integrarse, tienen la obligación de informar tal operación a la Superintendencia de Industria Comercio (en adelante la sic). De lo anterior podría pensarse que existe, simplemente, un deber de notificar a la sic sobre la operación; pero la realidad es que no se trata solamente de informar. La sic tiene la facultad de objetar o de aprobar, con o sin condicionamientos especiales, dicha operación. Incluso, puede ordenar la reversión de una operación de integración, así que no se trata de una obligación de información únicamente.

A. Definición de integración empresarial

Para comenzar, es necesario tener en cuenta que la ley no ha definido de forma concreta la noción de integración empresarial. Sin embargo, como punto de partida, vale el ya citado artículo 4° de la Ley 155 de 1959 que, en la parte relevante para este propósito de calificación, establece que las empresas que se dediquen a la misma actividad económica deben informar aquellas “operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada”. Como se mencionó anteriormente, esa noción no define como tal la integración empresarial, pero sí brinda ciertos elementos que permiten una explicación más amplia. La norma se refiere a cualquier operación de fusión, consolidación y adquisición de control.

La sic sí ha dado definiciones para algunos de esos conceptos³ y los ha explicado de la siguiente forma:

- (i) Fusión: cualquier mecanismo utilizado para buscar la unión de dos o más empresas en una compañía existente o para constituir una nueva compañía.
- (ii) Consolidación: proceso secuencial mediante el cual una empresa, que ya tenía participación en la otra, adquiere el control de la segunda a través de la transferencia de activos netos⁴.

Incluso el Decreto 2153, en su artículo 45 numeral 4, define el término “control”, útil para estos efectos, como “La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.”

La conclusión de la sic, al respecto, ha sido que “integración” es un término genérico que incluye varias operaciones como la fusión, la adquisición, la consolidación, entre otras⁵. De igual forma, los conceptos de la sic citados son muy amplios y abarcan un gran número de operaciones y negocios que pueden realizar las empresas. En concordancia con esto, la *Guía de análisis*

³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 96048285 del 27 de septiembre de 1996.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

de integraciones empresariales, publicada por la sic en su página web, dice que la *integración* se presenta “cuando cesa la competencia en, al menos, un mercado donde antes de la operación existía competencia y que luego de la operación las empresas conforman una sola unidad, dejando de competir”. A pesar de la amplitud de los conceptos, las normas aplicables al tema limitan el espectro de operaciones que deben ser informadas (y autorizadas) a la sic, las que simplemente deben ser notificadas, y las que no llevan envuelto el deber de información respecto de dicha entidad⁶.

B. Elementos de una operación de integración

Siguiendo la terminología de la sic para estos casos, se procede a explicar brevemente lo que dicha entidad ha llamado ‘supuestos’ y que recogen lo ya expuesto en los párrafos anteriores. La sic ha dicho que existen tres supuestos que deben darse para que se pueda hablar de una integración empresarial, a saber: (i) supuesto subjetivo, (ii) supuesto objetivo y (iii) supuesto cronológico⁷.

1. Supuesto subjetivo

Para que este supuesto pueda darse se requiere que se cumplan dos condiciones. En primer

lugar, que haya una pluralidad de empresas en la operación de integración proyectada. En segundo lugar, que las empresas intervenientes se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor.

2. Supuesto objetivo

El supuesto objetivo no analiza a las empresas intervenientes como tales; por el contrario, se basa en criterios objetivos. En este caso, lo que se analiza es el cumplimiento de los ya mencionados requisitos del artículo 4 de la Ley 155, es decir, que las empresas tengan, de forma conjunta o separada, un monto de activos o ingresos en el año fiscal anterior a la operación, que supere los montos fijados por la sic para ese efecto. Como ya se dijo, en la actualidad ese umbral está fijado en 100 000 salarios mínimos legales mensuales vigentes tanto para ingresos como para activos.

Dentro de este supuesto también se analiza la naturaleza de la operación. Dada la definición tan amplia de integración empresarial, esta puede consistir en cualquier mecanismo o negocio que tenga como finalidad la conglomeration o unificación de las empresas, y en razón de esa amplia gama de probabilidades, la sic debe analizar el instrumento jurídico concreto utilizado para tal propósito. Además, habrá que analizar si la operación se encuentra o no en algunas de las que están excepcionadas del *deber de información*.

6 La entidad ha mantenido la misma línea conceptual, afirmación que se confirma al revisar la citada guía del año 2011, que se puede consultar en el siguiente hipervínculo: <http://www.sic.gov.co/documents/10157/dfd90fa0-2418-4494-a9a8-3753a26e3890>

7 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 8315 del 28 de marzo de 2003.

3. Supuesto cronológico

En este supuesto, lo que se analiza es que para el momento en que se va a realizar la operación las empresas y la misma operación de integración cumplan con los supuestos objetivos y subjetivos. Es decir, que al momento en que se va a dar al integración haya pluralidad de empresas, que sean competidoras entre sí o que estén en la misma cadena de valor, que superen los montos establecidos por la sic en relación con los numerales 1° y 2° del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, que la operación tenga como finalidad la integración empresarial y que no se encuentre enmarcada en alguna de las excepciones.

C. Control previo de la operación de integración

La sic ha sostenido que el control previo de las operaciones de integración tiene una naturaleza “eminentemente preventiva” que le permite “anticiparse a cualquier distorsión o efecto indeseable que pudiera sobrevenir para el mercado”⁸. Según la sic, como lo que se protege es al mercado mismo, la definición de integración es muy amplia y “el legislador decidió no restringir su aplicación a un tipo específico de operaciones, sino dejarlo abierto, para cualquier proceso que genere un efecto integrativo, manteniendo el instrumento de verificación acorde con su finalidad”⁹. Por lo anterior, hay que hacer un análisis específico de cada operación, ya sea

vertical u horizontal, para determinar si existe la obligación de informar a la entidad, sin limitarse a que se trate de una fusión, o una consolidación propiamente dichas.

Incluso la Corte Constitucional ha estudiado las normas del llamado ‘régimen de integraciones empresariales’ y ha concluido que estas “cumplen con una finalidad que no solo es compatible con la Carta Política, sino que se derivan de las normas superiores que regulan el grado de intervención del Estado en la economía” y además “el control de integraciones empresariales por parte de la autoridad administrativa es un mecanismo adecuado para cumplir con la finalidad de promoción de la libre competencia, conforme los parámetros que a esta garantía le fija la Constitución”¹⁰.

Así la operación se presente como positiva para el mercado y la libre competencia, el deber de información es “un deber de conducta” que nace cuando la operación cumple con los requisitos y condiciones del artículo 4 de la Ley 155 de 1959. Así las cosas, es a la sic a quien corresponde evaluar los efectos de la operación en el mercado, entendiendo que el cumplimiento de su función depende del cumplimiento de la obligación de las empresas intervenientes, a quienes lo único que corresponde es informar de la operación y aportar la documentación que sirva a ese propósito. En ese sentido, y tal como lo dice la sic, “al ser el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 una norma de conducta, basta como ya se dijo con su omisión para que se entienda

⁸ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 29191 del 29 de noviembre de 2004.

⁹ Ibíd.

¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 del 24 de marzo de 2010. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

desconocida. No se requiere entonces un efecto nocivo para el mercado como consecuencia de la integración adelantada”¹¹. Antes de pasar al análisis del segundo punto del presente artículo, es importante hacer dos aclaraciones en relación con el concepto de integración empresarial y el deber de informar a la sic y obtener la autorización previa de dicha entidad para la operación. En primer lugar, aclarar que por la amplitud del término ‘integración’ no se puede hablar de que se trate únicamente de una integración jurídica, por lo que no es necesario que las empresas pierdan su individualidad (es decir, dejen de ser personas jurídicas diferentes) para que se pueda predicar la existencia de una integración empresarial y, por ende, de la obligación de informar la operación¹². En ese caso, se estaría frente a una eventual fusión que sería, a su vez, una de las operaciones jurídicas encerradas dentro del término ‘integración’.

En segundo lugar, cabe aclarar que el lugar de celebración del negocio jurídico o contrato, o el lugar donde se lleve a cabo la operación de integración es irrelevante para el nacimiento de la obligación de informar a la sic la operación, puesto que ese deber de información (y de conseguir la autorización previa) existe cuando la operación tiene o puede tener efectos en el mercado colombiano¹³. Esto, de conformidad con el

inciso 2° del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

D. Posibilidad de usar el contrato de fiducia mercantil como mecanismo de integración empresarial

Se requeriría, entonces, para que un contrato de fiducia mercantil se enmarque dentro de los requisitos para ser catalogado como una integración empresarial, que las partes fueran dos o más empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, que se cumpla con los mínimos fijados por la sic en materia de activos o de ingresos, que tenga como finalidad la integración de las empresas y que dichos requisitos sean concomitantes con la celebración del contrato de fiducia y la constitución del patrimonio autónomo.

A continuación se expondrán dos supuestos concretos en los cuales el contrato de fiducia cumpliría con los requisitos para ser visto como una operación de integración, haciendo aplicables las normas ya mencionadas del régimen de prácticas restrictivas de la competencia.

1. Supuestos en los que la fiducia sería una operación de integración

Los supuestos que se describen a continuación son posibles en la práctica (y jurídicamente), pero no se encontraron evidencias de que ya hayan ocurrido, por tanto, simplemente se trata de ejemplos o situaciones demostrativas de lo expuesto en este artículo. Además, permiten

11 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 8315 del 28 de marzo de 2003.

12 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 22626 del 15 de septiembre de 2005.

13 VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. 2^a edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 242-243.

confirmar la relevancia del tema y los alcances que podría tener.

1.1. Supuesto A

Una de las posibilidades de usar un contrato de fiducia como un mecanismo de integración empresarial es la siguiente:

Pipo S. A. S. es una sociedad que se dedica a la producción, distribución y venta de vasos desechables de polietileno; tiene una sola fábrica en Bogotá y cinco camiones para distribuir y entregar su mercancía. A pesar de ser una empresa relativamente pequeña, su participación en el mercado relevante es del 25%.

Por otra parte, en el mismo mercado concurre la empresa Rossi S. A. S. que también produce, distribuye y vende vasos desechables de polietileno. Rossi S. A. S. tiene tres fábricas a nivel nacional y una red de distribución que le permite vender sus productos en 20 de los 32 departamentos de Colombia. Su participación en el mercado es del 40%.

Sin analizar las consideraciones y razones por las cuales lo hacen, ambas empresas deciden constituir un patrimonio autónomo celebrando un contrato de fiducia mercantil con la sociedad Fiduciaria Saeta S. A. Los bienes fideicomitidos son:

Por Pipo S. A. S.:

- a. La fábrica que le pertenece, con todas las máquinas y equipos.

- b. Los cinco camiones con que Pipo S. A. S. distribuye sus productos.

Por Rossi S. A. S.:

- a. Las tres fábricas de propiedad de la sociedad.
- b. Todos los bienes que componen la cadena de distribución de Rossi S. A. S.
- c. Su marca y sus signos distintivos.

Es de resaltar que los anteriores son bienes esenciales para el desarrollo de la actividad de las empresas, bajo los términos del Decreto 2153.

Las empresas acuerdan en el contrato de fiducia que existirá un órgano de administración del contrato que dará instrucciones a Fiduciaria Saeta S. A., el cual estará conformado por los representantes legales de ambas sociedades. También establecen que las utilidades que obtenga el patrimonio autónomo se repartirán en una proporción determinada entre los fideicomitentes.

En este supuesto hay dos empresas (supuesto subjetivo) que transfieren a un patrimonio autónomo una serie de bienes que sobrepasan los topes fijados por la sic para que se requiera control de la operación, y la transferencia se hace con la finalidad de integrarse (supuesto objetivo). Además, los supuestos confluyen al momento de la celebración del contrato de fiducia y al momento de su perfeccionamiento (con la entrega de los bienes al ser un contrato real¹⁴),

14 RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios. Ob. cit., pp. 787-789.

lo que da por demostrado el supuesto cronológico. Citando a la sic, hay integración porque donde antes había competencia, ahora no la hay¹⁵. Los efectos sobre el mercado serían evidentes porque se concentraría en el patrimonio autónomo el 65% de participación en el mercado relevante. Partamos de que dicha operación no fue informada a la sic y, por ende, no fue aprobada.

1.2. Supuesto B

La segunda posibilidad que se exemplifica para el uso de un contrato de fiducia como un mecanismo de integración empresarial es la siguiente:

Pipo S. A. S. es una sociedad que se dedica a la producción, distribución y venta de vasos desechables de polietileno. Para el cumplimiento de su objeto social, la sociedad cuenta con una sola fábrica en Bogotá y cinco camiones para distribuir y entregar su mercancía. A pesar de ser una pequeña empresa, su participación en el mercado de vasos desechables en Colombia es del 25%.

Dentro del mismo mercado concurre la empresa Rossi S. A. S. que también produce, distribuye y vende vasos desechables de polietileno. Rossi S. A. S. tiene tres fábricas a nivel nacional y una red de distribución que le permite vender sus productos en 20 de los 32 departamentos de Colombia. Su participación en el mercado es del 40%.

A cambio de una remuneración de Rossi S. A. S., Pipo S. A. S. celebra un contrato de fiducia con Fiduciaria Saeta S. A. mediante el cual transfiere a un patrimonio autónomo su fábrica y sus camiones, bienes esenciales para el desarrollo de su actividad empresarial, para que sean administrados por la fiduciaria. En ese contrato de fiducia se establece que el beneficiario de las utilidades que genere el patrimonio autónomo afecto a las actividades empresariales otrora desarrolladas por Pipo S. A. S. sería Rossi S. A. S.

En este supuesto, también se cumplirían los requisitos subjetivos, objetivos y cronológicos para considerar que la operación que se da por virtud del contrato de fiducia sería catalogada como de integración empresarial. En este supuesto partamos, también, de que dicha operación no fue informada a la sic y, por ende, no fue aprobada.

1.3. Supuesto C

Un tercer supuesto en el que se puede mostrar el uso del contrato de fiducia como un mecanismo de integración es el siguiente:

Pipo S. A. S. y Rossi S. A. S. (ambas con las mismas características, bienes y presencia en el mercado de vasos desechables que se describió en el supuesto B) concurren dentro del mercado relevante de vasos desechables. Rossi S. A. S. decidió utilizar una reserva ocasional que tenía para crear un patrimonio autónomo, a través de una fiducia de inversión que adquiriera acciones de otras sociedades que tuvieran una rentabilidad superior al 10% anual.

¹⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Guía de análisis de integraciones empresariales. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/documents/10157/dfd90fa0-2418-4494-a9a8-3753a26e3890>

Fiduciaria Saeta S. A. contactó a Pipo S. A. S. cuando se enteró del amplio margen que existía entre sus ingresos y sus egresos. Las utilidades que generaba Pipo S. A. S. eran suficientes para que la inversión del patrimonio autónomo que constituyó Rossi S. A. S. generara la rentabilidad deseada. En consecuencia, Fiduciaria Saeta S. A. negoció con Pipo S. A. S. y logró que se emitieran acciones que representaban el 40% del capital suscrito y pagado de Pipo S. A. S.

De conformidad con lo establecido en el contrato de fiducia entre Rossi S. A. S. y Fiduciaria Saeta S. A., el beneficiario de los rendimientos de la inversión sería el fideicomitente.

En este tercer supuesto el cumplimiento del supuesto subjetivo no es tan claro, puesto que Rossi S. A. S. no participa directamente en la operación, por lo que no se podría hablar de dos o más empresas que concurran en el mercado. Sin embargo, el hecho de que Rossi S. A. S. fuera el beneficiario de los rendimientos o utilidades que generaba Pipo S. A. S. permite afirmar, a juicio del autor, que Rossi S. A. S. sí participaba en la operación. Los demás supuestos —objetivo y cronológico—, sí se cumplen. Se debe partir, una vez más, de que dicha operación no fue informada a la sic y, por ende, no fue aprobada.

2. Aplicabilidad de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas

A modo de conclusión para esta sección, es importante recordar que esas operaciones, al tener un efecto directo en el mercado colombiano, caen en los supuestos que ordenan a la sic

actuar en protección del mercado. Y consecuentemente, nace la obligación de informar sobre esas operaciones por parte de las empresas que intervienen en ellas¹⁶.

Si la sic va a analizar la operación, será menester que lo haga a luz de las normas de la Ley 155 de 1959, del Decreto 2153 de 1992 y de la Ley 1340 de 2009, propias del derecho de la competencia, y en especial de las prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia.

III. PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL USO DE LA FIDUCIA COMO UN MECANISMO DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL

En cualquiera de los supuestos A y B, el hecho de que se haya configurado una integración empresarial conlleva varias consecuencias jurídicas que afectan de forma importante la validez y la existencia del contrato de fiducia y, consecuentemente, de los contratos que se celebren en virtud de este.

A. Reversión de la operación por parte de la SIC

En primer lugar, es importante mencionar que la sic tiene una facultad importante que trae consigo efectos muy fuertes dentro del marco de las integraciones empresariales. De hecho, es la “única autoridad para conocer de las investigaciones administrativas relacionadas con

¹⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 29191 del 29 de noviembre de 2004.

posibles incumplimientos de las condiciones impuestas para autorizar operaciones de integración empresarial, (...); y también [el legislador] le asignó a esa única autoridad la decisión de reversar la operación de integración empresarial si se demuestran tales incumplimientos”¹⁷. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 1340 de 2009, reglamentado por el numeral 21 del artículo 3º del Decreto 1687, del 14 de mayo de 2010, previa la correspondiente investigación, el superintendente de Industria y Comercio puede ordenar la reversión de una operación de integración empresarial. Existe esa posibilidad cuando la operación:

- (i) No fue informada a la sic, existiendo la obligación de hacerlo, y si la sic determina que comportaba una indebida restricción a la libre competencia, causal relevante para los supuestos A y B planteados arriba.
- (ii) Se llevó a cabo antes de cumplido el término de tres (3) meses que tenía la sic para pronunciarse, y si la sic determina que comportaba una indebida restricción a la libre competencia.
- (iii) Se hizo o se llevó a cabo pese a que había sido objetada por la sic.
- (iv) Se incumplieron las condiciones bajo las cuales fue autorizada.

En este punto es importante decir que la investigación que lleve a la reversión de la operación puede darse de oficio o por solicitud de cualquier ciudadano¹⁸. Bajo ese análisis, los terceros interesados, hayan participado o no en el procedimiento ante la sic, tienen un mecanismo jurídico para buscar que se deje sin efectos una operación de integración si los está afectando o si está afectando al mercado. Existiría, entonces, una especie de acción en cabeza de los terceros interesados y de la sic para estos fines. Es decir, cualquier competidor de Pipo S. A. S., de Rossi S. A. S. o cualquier persona interesada pueden pedir a la sic que reverse el contrato de fiducia celebrado con Fiduciaria Saeta S. A. por afectar la competencia.

Sin embargo, hay una duda inmensa sobre las características jurídicas de esta figura. No es una acción jurisdiccional pero tiene efectos similares. Tampoco se trata de una nulidad o una inexistencia propiamente dicha. Lo que sí es claro es que la naturaleza jurídica de la reversión es de sanción y que esta no excluye la imposición de sanciones adicionales, como multas por la violación de las normas sobre protección de la competencia. Es pertinente aclarar que en la doctrina consultada en la sic¹⁹ y en textos académicos no se encontró evidencia sobre los efectos jurídicos de esa reversión frente a, por ejemplo, el contrato mediante el cual se instrumentó la operación de integración. Es decir, que el contra-

18 VELANDIA. Ob. cit., p. 264.

19 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO: Concepto 58692 del 24 de mayo de 2012, Concepto 70286 del 14 de junio de 2012, Resolución 33005 del 20 de junio de 2011 y Resolución 19080 del 7 de abril de 2011.

17 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 7 de julio de 2011. Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00026-00(C). M. P.: Enrique José Arboleda Perdomo.

to de fiducia quedaría en un limbo que, como se tratará más adelante, podría afectar al fideicomitente, al beneficiario, e incluso, al fiduciario.

Adicionalmente, la sic no ha aplicado su facultad de reversar operaciones de integración empresarial, dentro de lo que se pudo determinar en la investigación previa al presente artículo. Se encontró la Resolución 19080 del 7 de abril de 2011, que fue objeto de recurso de reposición, el cual fue decidido a través de la Resolución 34284 del 24 de junio de 2011. En ese caso, la sic había aprobado una operación de integración con ciertos condicionamientos y al determinar que estos no habían sido cumplidos por algunas de las empresas que habían participado en la operación de integración procedió a sancionarlas. Sin embargo, con base en el principio de favorabilidad del derecho administrativo, y por la fecha de vigencia de la Ley 1340 de 2009, la sic no hizo uso de su facultad de reversar la operación²⁰.

Es decir, existe la posibilidad teórica pero se carece de antecedentes administrativos o judiciales que permitan un análisis mayor de la sanción de reversión de la operación de integración empresarial por parte de la sic.

B. Nulidad absoluta del contrato de fiducia

En segundo lugar, hay que mencionar una segunda posibilidad jurídica que existe y que puede afectar al contrato de fiducia de forma

importante. El derecho de un tercero para manifestarse sobre una integración que lo afecta como competidor o que afecta el mercado relevante no se agota en acudir al procedimiento de autorización u objeción de dicha operación o al pedir la reversión. Esa segunda posibilidad está consagrada en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, que en lo relevante señala: “En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.”

Según el artículo 1519 del Código civil, hay objeto ilícito cuando se “contraviene al derecho público de la nación”, y en este caso el mismo derecho de la nación (el Decreto 2153) establece que habrá objeto ilícito con cualquier conducta que afecte la libre competencia. En ese sentido, una integración empresarial que afecte la “libre competencia en los mercados” tendrá objeto ilícito. Además, cuando se celebra un contrato que está prohibido por la ley, también hay objeto ilícito; así que cualquier contrato que vulnere la prohibición general del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 tendrá, sin más, objeto ilícito²¹.

Teniendo claro que hay objeto ilícito en una operación de integración, sea instrumentalizada o no través de un contrato, que se haga violando el régimen de integraciones empresariales, hay que analizar las implicaciones que esto trae. Para ver la principal consecuencia de un

20 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 19080 del 7 de abril de 2011. Hojas 22-24.

21 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 1636 del 8 de febrero de 1999.

objeto ilícito en una operación habrá que citar el artículo 1741 del Código civil, que establece que el objeto ilícito, junto con la causa ilícita, la incapacidad absoluta y la falta de formalidad *ad substantiam actus*, son causales de nulidad absoluta. Nulidad contenida, entre otros, en los artículos 6 y 1740 del Código civil que cita el Decreto 2153. Es clarísimo, desde lo establecido en el artículo 6 del Código civil que la nulidad, ya sea absoluta o relativa, es una sanción. Los efectos de la declaración de nulidad son, según el artículo 1746 del Código civil, retroactivos en cuanto buscan que las partes tengan el “derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”, sin dejar de lado las sanciones adicionales que se puedan originar del “objeto o causa ilícita.”

Lo establecido por el artículo 1742 del Código civil tiene mayor relevancia que lo anteriormente mencionado. El citado artículo señala que

[I]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

Lo más importante de este artículo, para el caso del presente escrito, es el derecho que nace para cualquier tercero que demuestre un interés legítimo de acudir ante un juez para que de-

clare la nulidad absoluta de un acto, que para estos efectos, tenga objeto ilícito; derecho que no prescribe ni por prescripción extraordinaria.

El Decreto 2153 de 1991 señala que el objeto ilícito de las conductas que afecten la libre competencia en los mercados tendrá dicha consecuencia legal en los términos del Código civil. Sin embargo, es importante señalar que el Código de Comercio, aplicable a los comerciantes y a los actos de comercio, también incluye, en su artículo 899, al objeto ilícito dentro de las causales de nulidad absoluta.

En este sentido, cualquier persona que esté relacionada con el mercado relevante en el que se da una operación de integración empresarial que afecta la libre competencia, ya sea un competidor, distribuidor, consumidor, etc., que demuestre su interés legítimo, puede solicitarle a un juez de la República que declare nulo el acto por el cual se lleva a cabo la operación²². Esta solicitud de nulidad puede formularse de forma independiente, e incluso paralela, del procedimiento de autorización u objeción de la operación y de la solicitud de investigación para la reversión de la operación ante la sic, ya que al tratarse de una facultad administrativa de la sic no hay prejudicialidad.

IV. RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO

El tema de la responsabilidad del fiduciario se presenta de manera reiterada en la actualidad

22 VELANDIA. Ob. cit., p. 264.

jurídica, comercial y arbitral del país. De acuerdo con los autores del libro *Temas de derecho financiero contemporáneo*, “buena parte de los laudos arbitrales que se tramitan en la Cámara de Comercio de Bogotá versan sobre fiducia”²³ y una gran parte de esos laudos tocan aspectos relacionados con la responsabilidad del fiduciario y “la estructura en Colombia de la llamada responsabilidad profesional”²⁴. Además, el tema de la responsabilidad es muy sensible porque uno de los elementos que subyacen al contrato de fiducia es que dicho negocio es un encargo de confianza, porque con él nace “el compromiso jurídico del fiduciario de adelantar una determinada gestión de administración o enajenación con respecto a los bienes”²⁵.

Para comenzar, hay que decir que existen dos principios o deberes de la gestión del fiduciario, a saber: la diligencia y la lealtad. Es decir, los fiduciarios deben actuar de forma prudente y correcta, procurando el logro de la finalidad del contrato, y proceder siempre a favor del fideicomitente o del beneficiario de la fiducia²⁶. Es lógico que existan cargas sobre el fiduciario porque, como ya se dijo, el fideicomitente le está confiando su patrimonio y acudió a él para llevar a cabo una finalidad que podría hacer por su

cuenta, justamente, por su conocimiento especializado y profesional.

De acuerdo con la jurisprudencia arbitral, específicamente con el laudo del 31 de julio de 2000 que resolvió la controversia entre la Beneficencia de Cundinamarca, el Banco Central Hipotecario y la Fiduciaria Central, un profesional es quien: (i) “desarrolla una actividad especializada, en forma habitual y a título oneroso”, (ii) cuenta con “una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros”, y (iii), tiene “un ‘dominio profesional’ basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás”²⁷.

Por ese mismo criterio de confianza y profesionalidad, el Código de Comercio, en su artículo 1243 establece que “[e]l fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”. Siguiendo esa línea del Código de Comercio, debe decirse que el fiduciario tiene que emplear el cuidado y la diligencia que emplearía el buen hombre de negocios en sus propios negocios. La norma citada es muy clara; aun así se ha discutido la posibilidad de modificar el grado de responsabilidad del fiduciario. Sin embargo, de acuerdo con Ernesto Rengifo, un “laudo arbitral colombiano sostuvo que la regla contenida en el artículo 1243 del Código de Comercio es imperativa y que, por lo tanto, una cláusula

23 SALAZAR CAMACHO, Pilar. La fiducia mercantil. En: *Temas de derecho financiero contemporáneo*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006, p. 618.

24 Ibíd.

25 RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio; CUELLO IRIARTE, Gustavo; VARÓN PALOMINO, Juan Carlos et al. *Nociones fundamentales de fiducia*. Bogotá: Asociación de Fiduciarias, 1994, p. 55.

26 Ibíd., p. 59.

27 GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. La fiducia en Colombia según la justicia arbitral. En: *Revista de Derecho Privado*, 2005, n.º 35, p. 84, citando el mencionado laudo arbitral.

contractual que disminuya la responsabilidad del fiduciario debe entenderse como nula en su grado de absoluta”²⁸.

De la mano con ese criterio de graduación de la responsabilidad, encontramos que el artículo 1234 del Código de Comercio establece los deberes indelegables del fiduciario. Se explica que dichos deberes sean indelegables porque el fideicomitente quiere que sea la fiduciaria que escogió la que ejecute el negocio y cumpla la finalidad del contrato; si no fuera así, buscaría otra fiduciaria o, simplemente, celebraría otro contrato, como el mandato o la agencia, con otra persona para que llevara a cabo los negocios en su nombre o cumpliera su finalidad. Incluso, hay antecedentes de sanciones por parte de tribunales arbitrales a sociedades fiduciarias en Colombia, por no “haber ejecutado directamente funciones o actos propios del encargo”²⁹, específicamente el Tribunal de Arbitramento de *Leasing Mundial S. A. vs. Fiduciaria FES S. A.*, del 26 de agosto de 1997. Lo anterior, también sostenido por Sergio Rodríguez Azuero, hablando del ejercicio personal de la función³⁰.

A la par de esos deberes indelegables, y volviendo a la profesionalidad como fundamento, la fiduciaria tiene el deber de prever los riesgos, deber que se tiene que comunicar al fideicomitente y que está presente en todas las etapas

del contrato (precontractual, de ejecución y pos contractual). Con base en ese deber se ha condenado a fiduciarias en el pasado, como en el caso del laudo arbitral de Inurbe contra Fidugán, en el que se reprochó la actitud pasiva de la fiduciaria frente a unas inversiones que traían riesgos muy grandes para el fideicomitente³¹.

Para efectos del presente artículo, es importante traer a colación tres de los deberes contenidos en el Título V, Capítulo 1°, numeral 2, subnumeral 2.2.1. de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de la Colombia. Se trata de los deberes de información, de asesoría y de previsión que están en cabeza del fiduciario como gestor profesional³². Según dicha Circular, el deber de información se refiere a “informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden”. A su vez, el deber de asesoría obliga a “dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio”, teniendo claro que este deber solo es obligatorio en las fiduciencias de inversión, y para que sea aplicable a los demás tipos de negocios se requiere una consagración expresa en el contrato. El deber de previsión, según la norma de la Superinten-

28 RENGIFO GARCÍA, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 171.

29 *Ibíd.* p. 175.

30 RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. La responsabilidad del fiduciario. Medellín: Ediciones Rosaristas, 1997, p. 59.

31 GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. La fiducia en Colombia según la justicia arbitral. *Ob. cit.*, pp. 85-86, citando el laudo arbitral del 31 de marzo de 2000.

32 HERNÁNDEZ LIMONGI, Martha Patricia. Guía jurídica de los negocios fiduciarios en Colombia. Bogotá: Legis Editores, 2011, pp. 105-106.

dencia Financiera, consiste en “prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual”³³.

A. Responsabilidad en los supuestos planteados

Después de analizar el régimen de responsabilidad del fiduciario, y sobre todo, después de analizar los deberes de información, asesoría y previsión, se ve con claridad meridiana que los supuestos A y B planteados entrañan problemas importantes para el fiduciario.

Desde la perspectiva del deber de información, es claro que la Fiduciaria Saeta S. A., en ambos supuestos, tenía que informar a Pipo S. A. S. y a Rossi S. A. S. que los contratos de fiducia propuestos tenían una serie de riesgos y limitaciones con base en las normas del derecho de la competencia. Esa información que debía proporcionarles tenía que ser idónea, oportuna, completa, clara y precisa³⁴, con el fin de que las sociedades productoras de vasos desechables contaran con todos los elementos de juicio para tomar la decisión de celebrar o no el contrato de fiducia.

En el caso del deber de asesoría, asumiendo que se hubiera pactado en los contratos de fiducia de los supuestos A y B, hay que comenzar

diciendo que se trata de una responsabilidad más gravosa para el fiduciario³⁵, es decir, le implica un esfuerzo mayor porque no se trata solo de proporcionar información, sino de dar consejos u opiniones en relación con el contrato de fiducia que se celebra. Así que, en los supuestos propuestos anteriormente, Fiduciaria Saeta S. A. tendría que haber informado que por tratarse de una operación de integración habría que pedir permiso a la sic para llevarla a cabo, y que existía el riesgo de que esta no la aprobara o lo hiciera con condicionamientos.

De la mano del deber de asesoría o de consejo está el deber de previsión, que consistiría en los supuestos A y B, en advertir que la sic, e incluso terceros interesados podrían oponerse al contrato de fiducia y que eso, previa investigación de la sic, podría llevar a la reversión del contrato o la declaratoria de nulidad absoluta de este, como ya se explicó. Adicionalmente, tenía que advertirse que en caso de que esos riesgos inherentes al negocio que proponían el o los fideicomitentes de los supuestos A y B se materializaran, la sic podría imponer cuantiosas sanciones y multas.

En estos casos, la responsabilidad precontractual de Fiduciaria Saeta S. A. se vería comprometida, abriendo la puerta a Pipo S. A. S. y a Rossi S. A. S. para iniciar las acciones de responsabilidad civil extracontractual pertinentes. Además, es claro que en caso de que la sic reversara el contrato de fiducia e interpusiera multas, el responsable de los daños que se causaren

33 SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Circular Básica Jurídica 007 de 1996. Título V, Capítulo 1º, numeral 2, subnumeral 2.2.1.

34 GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. La fiducia en Colombia según la justicia arbitral. Ob. cit., pp. 86-87.

35 Ibid. p. 88.

sería la Fiduciaria Saeta S. A. Lo anterior, por las graves violaciones de los deberes establecidos en cabeza del fiduciario, en virtud del Código de Comercio, artículos 1234 y 1243; el Código civil con el concepto de culpa leve; y la Circular Básica Jurídica ya citada.

Adicionalmente, se estaría ante una de las causales de remoción del fiduciario, de acuerdo con el artículo 1239 del Código de Comercio que reza “Si se le comprueba dolo o grave negligencia o descuido en sus funciones como fiduciario, o en cualquiera otros negocios propios o ajenos, de tal modo que se dude fundadamente del buen resultado de la gestión encomendada”. No siendo suficiente la violación de sus deberes, el fiduciario también sería responsable por permitir que el fideicomitente llevara a cabo un contrato que se podría considerar prohibido, aun cuando no está consagrado en el artículo 1230 del Código de Comercio. Lo anterior, porque se trataría de un fraude a la ley, prohibido no por la cláusula especial del 1230 citado, sino por los principios generales del derecho y la finalidad de la regulación del contrato de fiducia. En palabras del doctor Rodríguez Azuero: “es obvio que la fiducia, como cualquier otro negocio jurídico, no puede utilizarse para obtener con ello resultados que estarían prohibidos, de contratar el constituyente en forma directa”³⁶.

Como se mencionó en la enunciación del supuesto C, ese escenario no es tan claro en cuanto a la existencia de una operación de integración, en razón a que Pipo S. A. S. y Rossi S. A. S.

no celebraron un acuerdo o llevaron a cabo una operación en la que ambas fueran, directamente, partes. Sin embargo, en ese supuesto, Rossi S. A. S. era el beneficiario real de la inversión que hacía el patrimonio autónomo en Pipo S. A. S.

Desde esa perspectiva, la responsabilidad de la fiduciaria seguiría comprometida porque estaba en la obligación de analizar los riesgos que la inversión que estaba administrando traería frente al fideicomitente. No darse cuenta de que se estaba comprando una importante participación en un competidor dentro del mercado relevante demuestra el incumplimiento de los deberes explicados en párrafos anteriores. Sin embargo, hay una zona gris en lo relacionado con la existencia o no de una operación de integración, por la ausencia de pluralidad de empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor.

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, es posible decir que quedó demostrado que el contrato de fiducia mercantil puede ser utilizado por el fideicomitente como un vehículo contractual para llevar a cabo una operación de integración empresarial, sin limitarse a los supuestos A, B y C planteados en este artículo. Además, se tendrán que analizar los demás supuestos que establecen las normas del derecho de la competencia, porque el contrato de fiducia puede servir como vehículo de integración empresarial, y evitarse el control de la operación si no se exceden los límites objetivos establecidos, por ejemplo. Como ya se dijo,

36 RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Ob. cit., p. 824.

la regulación de la fiducia es muy amplia y permite que, bajo su marco, se configuren operaciones mercantiles en las que la consecuencia práctica sea la integración de dos o más actividades empresariales.

En esos casos en que la fiducia instrumentalice una integración empresarial, el régimen del derecho de la competencia debe aplicarse al contrato de fiducia, por cuanto el mismo no diferencia el tipo de contrato que se utilice, sino la afectación del mercado relevante, como ya se demostró. Esa ampliación de las normas aplicables al contrato de fiducia tiene múltiples consecuencias y amplía los temas que deben ser analizados cuando se estructura el negocio. Eso genera que el fiduciario tenga en cuenta criterios que no aplica en el ‘día a día’ de los negocios fiduciarios.

Por lo anterior, el fiduciario tiene una carga adicional con sus clientes. Como ya se demostró, en virtud de los deberes de información, asesoría o consejo y previsión, el fiduciario, como profesional y experto en la estructuración de negocios a través del contrato de fiducia, sería responsable por la celebración de un contrato de fiducia que conllevara a una integración empresarial, como los exemplificados en los supuestos A y B, y en cierta medida en el C, siempre que no se cumpla con los requisitos de información y aprobación contenidos en el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. Así las cosas, el fiduciario debería advertir al cliente que la operación conllevaría una integración y haría aplicables las normas del derecho de la competencia.

La duda que permanece es hasta qué punto debe actuar el fiduciario, ¿solo debe cumplir con sus deberes y dejar la decisión final al fideicomitente?

Bibliografía

CABANELAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Tomo II. 2^a edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2005.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 155 del 24 de diciembre de 1959.

_____. Ley 1340 del 24 de julio de 2009.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 7 de julio de 2011. Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00026-00(C). M. P.: Enrique José Arboleda Perdomo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 del 24 de marzo de 2010. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 del 27 de marzo de 1971.

_____. Decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Guía de análisis de integraciones empresariales. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/documents/10157/dfd90fa0-2418-4494-a9a8-3753a26e3890>

- _____. Concepto 96023249 del 27 de septiembre de 1996.
- _____. Concepto 96048285 del 27 de septiembre de 1996.
- _____. Resolución 1636 del 8 de febrero de 1999.
- _____. Resolución 8315 del 28 de marzo de 2003.
- _____. Resolución 29191 de 2004.
- _____. Resolución 22626 del 15 de septiembre de 2005.
- _____. Resolución 19080 del 7 de abril de 2011.
- _____. Resolución 33005 del 20 de junio de 2011.
- _____. Resolución 19080 del 7 de abril de 2011.
- _____. Concepto 58692 del 24 de mayo de 2012.
- _____. Concepto 70286 del 14 de junio de 2012.
- CORTÁZAR MORA, Javier. *Curso de Derecho de la Competencia*. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2011.
- DEPOLO RASMILIC, Radoslav. *Control de operaciones de concentración y derecho de la*

competencia

GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. *La fiducia en Colombia según la justicia arbitral*. En: *Revista de Derecho Privado*, 2005, n.º 35, pp. 81-114.

HERNÁNDEZ LIMONGI, Martha Patricia. *Guía jurídica de los negocios fiduciarios en Colombia*. Bogotá: Legis Editores, 2011.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios*. Sexta edición. Bogotá: Legis Editores, 2009.

_____. *La responsabilidad del fiduciario*. Medellín: Ediciones Rosaristas, 1997.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio; CUELLO IRIARTE, Gustavo; VARÓN PALOMINO, Juan Carlos et al. *Nociones fundamentales de fiducia*. Bogotá: Asociación de Fiduciarias, 1994.

SALAZAR CAMACHO, Pilar. *La fiducia mercantil*. En: *Temas de derecho financiero contemporáneo*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. *Circular Básica Jurídica*. 1996.

_____. Circular Externa 007 de 1996.

VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. 2^a edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Fusión, consolidación, integración y adquisición del control societario. En: GAVIRIA GUTIÉRREZ,

Enrique; PALACIO CARDORA, Rodrigo; BERDUGO GARAVITO, José María, et al. Derecho de la Competencia. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2003.