

**INCIDENCIA JURIDICA DEL FIDEICOMISO EN
LA LEGISLACION COLOMBIANA**

**MERCEDES MARIA MELENDEZ RAMIREZ
GASPAR DE LOS REYES ARIAS PAYARES**

**Trabajo de Investigación presentado
como requisito parcial para
optar al título de
Abogado.**

**BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DE DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACUTAD DE DERECHO
1992**

DR # 0229.



Barranquilla, Diciembre de 1.992

Doctor
CARLOS DANIEL LLANOS S.
Decano Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
Ciudad.

Apreciado Doctor:

Por medio de la presente me permito dar concepto favorable al Trabajo de Investigación presentado por los egresados: MERCEDES MARIA MELENDEZ RAMIREZ y GASPAR DE LOS REYES ARIAS PAYARES titulado: INCIDENCIA JURIDICA DEL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA, por considerar que reúne los requisitos exigidos por los reglamentos de la Universidad para esta clase de investigación.

Agradeciendo el haberme nombrado para dirigir este trabajo me suscribo de usted. Cordialmente,

BLAS GONZALEZ
Director.

Nota de Aceptación

Presidente Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Diciembre de 1992

PERSONAL DIRECTIVO

RECTOR : Dr. JOSE CONSUEGRA BOLIVAR

DECANO : Dr. CARLOS LLAÑOS SANCHEZ

SECRETARIO : Dr. RAFAEL BOLAÑOS M.

DEDICATORIA

Dedico la terminación de mi carrera de Derecho a todos los que me apoyaron para poder culminarla, de manera especial a mis Padres, Hermanos y con todo mi corazón a mi querida hija.

Mercedes.

DEDICATORIA

De manera especial dedico la culminación de mis estudios
a mis queridos Padres , parientes y amigos.

Gaspar.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION.....	9
1. EVOLUCION HISTORICA.....	12
1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS Y DE DERECHO COMPARADO.....	12
1.2. DERECHO ROMANO.....	13
1.2.1. De los Fideicomisos de Herencia.....	14
1.2.2. Reformas de Justiniano.....	16
1.2.3. De los Fideicomisos Particulares.....	17
1.2.4. La Sustitución Fideicomisaria.....	18
1.2.5. El Fideicomiso de Familia.....	19
1.3. DERECHO INTERMEDIO.....	20
1.4. DERECHO COMPARADO.....	22
1.4.1. El Trust.....	22
1.4.2. El Salmann.....	24
1.5. DERECHO VIGENTE.....	25
2. INTRODUCCION DEL FIDEICOMISO EN COLOMBIA.....	27
2.1. LA PROPIEDAD FIDUCIARIA.....	27
2.2. LEY 45 DE 1.923.....	34
2.3. LA FIDUCIA MERCANTIL.....	40
3. ANALISIS COMPARATIVO.....	45

3.1.	NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.....	45
3.2.	CARACTERISTICAS.....	51
3.3.	DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS DE LA LEGISLA - CION COLOMBIANA.....	54
3.3.1.	La Fiducia y el Mandato.....	54
3.3.2.	El Fideicomiso y la Estipulación para un - tercero.....	56
3.3.3.	La Fiducia y la Donación.....	58
3.3.4.	La Fiducia y el Usufructo.....	59
3.3.5.	La Fiducia y el Depósito.....	60
4.	FIDEICOMISO CIVIL.....	65
4.1.	DEFINICION.....	65
4.2.	CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO.....	72
4.3.	CARACTERISTICAS ESPECIALES.....	74
4.4.	CALIDADES, OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL FIDU - CIARIO.....	76
4.5.	DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO.....	81
4.6.	EXTINCION DEL FIDEICOMISO.....	81
5.	LA FIDUCIA COMERCIAL.....	83
5.1.	DEFINICION.....	83
5.2.	CARACTERISTICAS Y NATURALEZA DE LA FIDUCIA...84	
5.3.	CONSTITUCION.....	85
5.4.	CLASIFICACION.....	87
5.5.	OTRAS CLASIFICACIONES.....	88

5.5.1. Fideicomisos Inmobiliarios.....	89
5.5.2. Fideicomisos de inversión.....	91
5.5.3. Fideicomisos de Administración.....	93
5.5.4. Fideicomisos de Garantía.....	97
5.6. LAS PARTES EN LA FIDUCIA.....	98
5.6.1. El Fideicomitente.....	98
5.6.2. El Fiduciario.....	100
5.6.3. El Fideicomisario.....	102
5.7. TERMINACION DE LA FIDUCIA.....	103
PARANGON Y CONCLUSION.....	107
BIBLIOGRAFIA.....	112

INTRODUCCION

La fiducia en la legislación colombiana, tema este que he escogido para optar el título de abogado, dentro de los requisitos exigidos por nuestra Universidad. Creí, como una necesidad hablar de fideicomiso o fiducia, ya que esta es una institución que ha sido recogida, analizada, por nuestras legislaciones tanto civil como comercial pero que desafortunadamente es muy poco conocida y en la práctica desaprovechada.

Analizamos las dos instituciones tanto la civil como la comercial desde la perspectiva conceptual, histórica y jurídica, tomando para esto lo que ha dicho y analizado los tratadistas colombianos y extranjeros.

Naturalmente partimos haciendo un marco histórico de lo que fue la fiducia o fideicomiso en el derecho romano, el cual se convirtió en fuente de inspiración del fideicomiso tratado por nuestro código civil, con algunas variantes que no tienen antecedentes en el derecho romano ni en el francés, como es por ejemplo el art.808. del

C.C. ya que como dice Valencia Zea en él se propone y anuncia algo nuevo, o sea la posibilidad de combinar el fideicomiso con el usufructo. El derecho de la edad media donde como señalamos luego, se conjugaron los principios del fideicomiso romano con los de la sociedad feudal. Finalmente en el derecho comparado encontramos instituciones como el TRUST inglés y el SALMANN germánico. Aquí hay que destacar que el TRUST inglés fue fuente de inspiración para lo que es hoy la fiducia mercantil tal como la llama el código de comercio colombiano.

En el capítulo 2, encontramos un análisis comparativo, su naturaleza jurídica, características y la diferencia con otras figuras de la legislación colombiana.

Otro aspecto tratado es el de la introducción del fideicomiso en Colombia. En nuestro derecho colombiano no encontramos con tres instituciones que analizamos en sus puntos más destacados, como son la propiedad fiduciaria del código civil, institución que está consagrada como una forma de limitar el dominio y a la que don Andrés Bello introdujo modificaciones partiendo en alguna medida del código napoleónico; los encargos de confianza de la ley 45 de 1923, nuestra ley bancaria fundamental, ley que modernizó e impulsó el sistema financiero; la fiducia mercantil, institución que fue traída de un sistema jurídico-

co completamente extraño para nosotros como lo es el an
glosajón.

Luego de hacer el análisis jurídico de las dos instituciones finalizamos nuestro trabajo con un parangón en donde concluimos que son dos figuras totalmente diferenciadas, pero que la nueva en este caso la mercantil no ha dero - gado la propiedad fiduciaria civil.

La fiducia mercantil es una institución más amplia que la civil, por la cual se pueden realizar mayor número de negocios fiduciarios, como en efecto se realizan, pero creemos que debe tener mayor divulgación del modo de funcionar la institución en su ambiente natural y que algunos atribuyen a su falta de raíz, pero que es necesario para poder entender y apreciar la fiducia colombiana en toda su extensión.

1. EVOLUCION HISTORICA

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS Y DE DERECHO COMPARADO

El fideicomiso es una institución que cuenta con amplios y remotos antecedentes y que se ha oonfigurado a través del tiempo, y la legislación comparada nos ofrece figuras afines con ella que cooperan a perfilar sus caracteres. El fideicomiso romano no presenta el mismo carácter que el de la moderna compilación colombiana, pero en la formación de los diferentes sistemas jurídicos, y a través de los tiempos, se ha mantenido un elemento inalterable cual es la confianza, desempeñando un papel fundamental en el surgimiento de las instituciones que vienen a regular los vínculos entre los individuos. Antes de la aparición de las modernas codificaciones ya existían fórmulas que ofrecían soluciones a las múltiples y variadas relaciones humanas, facilitando el progreso de los pueblos y el incremento de su intercambio. Es justamente la confianza, el factor que va a llenar el vacío creado por la ausencia de normas, y es allí donde se encuentra el origen y la esencia del fideicomiso.

1.2. DERECHO ROMANO

La institución del fideicomiso tuvo su origen en el derecho romano, allí fue donde adquirió un amplio desarrollo a partir de la época imperial, pues surge como algo accesible a todos y amparado por las normas del IUS CENTIUM.

Mediante el fideicomiso se obviaron los inconvenientes del régimen formalista propios de los legados y fue posible eludir algunas de sus disposiciones, por lo que mediante aquellos era factible favorecer mortis causa a personas que según el rigorismo propio de aquel derecho, carecían de la Testamenti Factio.

Esta disposición en su origen, vive al margen del ordenamiento jurídico, pues el fideicomiso carece de toda acción contra el fiduciario, no tenía nada de obligatoria civilmente, para que éste cumpla el gravamen restitutorio; era un asunto de conciencia y de buena fe para el heredero fiduciario.

El emperador Augusto llevó los fideicomisos al ámbito jurídico dada la inejecución de ciertos fideicomisos, que ofendieron en forma manifiesta a la opinión pública y se creó un pretor especial, Praetor Fideicommissarius,

para que se ocupara de los fideicomisos. Esta orientación fue seguida por los emperadores posteriores ante la amplia difusión que el instituto había obtenido en la práctica.

El primitivo fideicomiso singular fue equiparado en tiempo de Justiniano a los legados, viniendo desde entonces una y otra figura regulada por las mismas normas. Por razón misma de su origen el fideicomiso obedece siempre a principios más amplios que el legado.

Luego bajo el mismo Justiniano desaparecieron estas diferencias, por consecuencia de la asimilación de legados y fideicomisos. Se establecieron dos clases: los fideicomisos particulares.

1.2.1. De los Fideicomisos de Herencia. Los efectos fideicomisos en el derecho antiguo fueron modificados primeramente por dos senadoconsultos y después por Justiniano.

El fideicomiso de herencia tenía por objeto la totalidad o una cuota parte de la sucesión.

El heredero sólo es el instituido, y continúa la persona del difunto, y, por tanto, el fideicomisario, el único

derecho que tiene es exigir la restitución de la herencia, si la liberalidad alcanza sobre todo.

Esta restitución se operaba de la siguiente manera:

a. Para las cosas corporales de la sucesión el heredero podía hacer tradición al fideicomisario, o dejarle tomar posesión, y éste se hacía propietario de esta manera, o se ponía en disposición de usucapir, según fuera la naturaleza de los bienes.

b. En cuanto a los acreedores y a las deudas, se recurrió a un expediente. El heredero vende la sucesión al fideicomisario con un precio ficticio, habiendo después entre ellos estipulaciones que se hacen ordinariamente entre el vendedor y el comprador de una herencia. El fideicomisario prometía al heredero indemnizarle para el pago de deudas hereditarias; y, por su parte el heredero prometía reembolsar al fideicomisario los créditos de la sucesión que le fuesen pagados. De suerte que tenían el uno contra el otro, para forzarse a ejecutar su promesa, la acción Ex stipulatu (Gayo, II,). En caso de venta de una herencia, el vendedor no cesa de ser heredero, solamente está obligado a hacer pasar al comprador los bienes y las cargas de la sucesión. Para las cosas incorpóreas debía haber tradición.

En suma, desde el senadoconsulto pegasiano y hasta Justiniano, el fideicomiso de herencia es tan pronto LOCO HEREDIS (reforma del senadoconsulto trebeliano) como LOCO LEGATARIO (reforma del senadoconsulto pegasiano).

En efecto: a. Cuando el fiduciario no tenía que restituir más de tres cuartas de la sucesión, el fideicomisario era loco heredis, en virtud del trebeliano, y sería también loco heredis si el heredero según la disposición del pegasiano, ha sido forzado de hacer adición y restituirlo todo por orden del pretor.

b. Cuando el fiduciario, por el contrario, estaba gravado de un fideicomiso absorbiendo más de tres cuartos de la sucesión, retenía la cuarta, el fideicomisario era loco legatario, en virtud del pegasiano. Pero, ¿cómo se decidía si el heredero no retenía la cuarta y ejecutaba por entero el fideicomiso? La opinión que sobre esto aplicaba entonces el trebeliano, al fideicomisario se le consideraba como loco heredis, es la que parece haber prevalecido.

1.2.2. Reformas de Justiniano. Este emperador califica su reforma de una manera muy especial. Anuncia que suprime el PEGASIANO y conserva el TREBELIANO; y de esto viene que nuestros antiguos autores llamen TREBELIANA

la cuarta pegasiana. En realidad, funde juntas las disposiciones de los dos senadoconsultos; de esto resultan las reglas siguientes:

1. El fideicomisario de herencia es siempre loco heredis, haya sufrido o no la reducción de la cuarta.

2. La disposición del pegasiano para el caso en que el fiduciario rehúse hacer adición, se conserva, y puede ser obligado por orden del pretor para que restituya todo.

3. El fiduciario tiene siempre el derecho de retener la cuarta, salvo cuando hace adición por orden del pretor. Fuera de este caso, si por error ha restituído todo, puede reclamar lo que haya pagado de más, lo cual no tenía derecho de hacer antes de Justiniano.

4. En fin, el fideicomisario adquiere en lo sucesivo como legatario un derecho real, en lugar de un derecho de crédito, y no tiene por qué temer la enajenación o la hipoteca consentidas por fiduciario sobre los bienes de la suceción. (1)

1.2.3. De los Fideicomisos Particulares. Los fideicomisos particulares sólo tenían por objeto cosas consi-
 _____ (1) EUGENE, Petit. Ob. Cit. Núm. 653.

deradas a título particular, por ejemplo, los legados.

La forma era la misma que la de los fideicomisos a título universal.

El testador podía dejar por fideicomiso particular todo lo que hubiese podido legar PER DAMNATIONEM; no solamente lo que le pertenecía, sino también la cosa del heredero. En este caso, el fiduciario o debía adquirirla para devolvérsela al fideicomisario o pagarle la estimación.

Pero el que verdaderamente tuvo importancia en el derecho romano fue el fideicomiso universal, del que se derivaron ya en la época clásica las sustituciones fideicomisarias y, dentro de ellas, como figura preeminente, la del fideicomiso o sustitución fideicomisaria familiar.

1.2.4. La Sustitución Fideicomisaria. En las fuentes jurídicas romanas no se encuentra epígrafe alguno que trate de la sustitución fideicomisaria, pues lo que verdaderamente tenía importancia en aquel derecho y cumplía una realidad autenticamente sentida, era el fideicomiso; no obstante parece ser que, si bien aquella fue desconocida en el primitivo derecho romano, se vislumbró ya que el derecho clásico y adquirió su pleno desarrollo en épocas posteriores.

La sustitución fideicomisaria implicaba el otorgamiento de un legado o de un fideicomiso a favor de una persona, ordenándose que, tras su adquisición por ésta, pase a otra, luego de transcurrir cierto tiempo o de cumplirse determinada condición.

En la sustitución fideicomisaria del heredero entraba en la herencia, de un modo efectivo y verdadero, permaneciendo en el goce de ella durante cierto tiempo o hasta que se cumpliera una determinada condición, debiendo después restituirla al sustituto. Había por tanto un ordo successivus, que califica característicamente a la herencia fideicomisaria, al fideicommissum hereditatis.

1.2.5. El Fideicomiso de Familia. Como lo señalamos anteriormente, una figura especial de sustitución fideicomisaria, y la más importante, sin duda fue el fideicomiso de familia - fideicommissum familiar relictum.

Esta figura se caracterizaba porque el testador vinculaba la herencia, íntegra o parcialmente, a la familia, a través de un orden sucesivo de restituciones. La obligación cifrada en la stitutio determinaba que el beneficiario no tenía facultad para enajenar los bienes recibidos, siendo improcedente, en tal caso, la deducción de la cuarta FALCIDIA.

Los bienes fideicomisarios eran restituídos a las personas indicadas por el testador, o si faltaban éstas a las personas que llevaban el nombre del disponente a la hora del fallecimiento, o a sus hijos inmediatos, si no había disposición que lo prohibiera.

Justiniano extiende el fideicomiso de familia más allá del primer grado. Pero la novela sanciona la libertad de los bienes fideicomitativos después de la cuarta generación. Es el primer paso de una tendencia encaminada a la abolición del fideicomiso familiar, tal tendencia se manifiesta máximamente en las legislaciones modernas. (2).

1.3. DERECHO INTERMEDIO

En la edad media se conjugaron los principios del fideicomiso romano con los de la sociedad feudal, lo cual motivó en la alta Edad Media la desaparición de aquellos en beneficio del feudo, que si bien empezó como una concesión revocable a voluntad del dueño de los bienes infeudados, a principios del siglo XI parece era ya frecuente la perpetuidad de los mismos.

TRIA, citado por Luis Puig, hace notar, que los fines que se perseguían con el fideicomiso romano eran también distintos de los que trataban de conseguirse en el derecho

(2) IGLESIAS. Juan. Derecho Romano. Pág. 674.

intermedio a través de las vinculaciones. En aquél, los fideicomisos son concebidos como un medio idóneo para lograr conservar los bienes en la familia por un cierto tiempo; las vinculaciones aparecen, en cambio, como un medio de asegurar la unidad de gobierno en las asociaciones familiares.

Con todo, conviene hacer notar que, en el derecho medieval, el fideicomiso sigue todavía muy de cerca las huellas del derecho justiniano, hasta el punto de que la terminología usada por los juristas del siglo XVI difiere escasamente de la romana. El fideicomiso pierde sus primitivos caracteres al combinarse con los elementos germánicos y feudales propios de la época, adquiriendo ya desde entonces un marcado sentido familiar.

En los siglos XVI y XVII, el fideicomiso va encontrando un ambiente cada vez más favorable, lo que en buena parte supuso también un anormal desarrollo de los mismos al dar origen a las vinculaciones, que representaron la amortización de buena parte de la propiedad, no sólo inmobiliaria, sino que sus efectos alcanzaron también a los bienes muebles.

1.4. DERECHO COMPARADO

1.4.1. El Trust. El trust se conoce con el nombre de "USE" en el siglo XII. En aquella época ya le pedía transferir tierra a otro para beneficio de un tercero. Lo hacía así porque ese tercero directamente no podía heredarlo y el transferente quería hacerlo su heredero. Para ello utilizaba un intermediario con la confianza de que éste transferiría posteriormente el bien al real beneficiario.

El procedimiento se fue haciendo más común a medida que las necesidades lo exigían y probablemente el sistema de tenencia de la tierra en aquella época incentivó el perfeccionamiento y utilización del USE.

Como lo anota Rodolfo Batiza, citado por José Gamboa, el origen preciso de los " usos " constituye uno de los problemas más controvertidos, todavía insolutos, de la historia del derecho. Existen varias hipótesis que le atribuyen distintos orígenes: romano, germánico, aborigen y hasta ninguno en particular.

En nuestro parecer, presentar a ésta como se contemplaba en el derecho romano, por razones históricas.

Si se observa lo que ocurría en el derecho inglés se encontrará una similitud perfecta. La misma palabra TRUST significaba confianza, si a ello se agrega el hecho histórico de haber sido el USE principalmente utilizado por los monjes de la orden de San Francisco supuestamente entrenados en el derecho romano, se verá que no es desfasada la idea de atribuirle al USE origen romano.

(3)

La verdad parece ser que hubo un desarrollo simultáneo pero independiente en estos dos sistemas.

El TRUST y su antecedente jurídico, el USE, presentan en su desarrollo una interesante analogía con las disposiciones fiduciarias romanas. El fundamento del USE se señala en la necesidad de remediar muchos inconvenientes de la propiedad feudal, tratando de proteger a las órdenes franciscanas y dominicas de la incapacidad que les afectaba de ostentar la propiedad de bienes inmuebles por las rígidas disposiciones contra las manos muertas o por el voto de pobreza. Hacia fines del siglo XVIII. los fiduciantes daban los bienes a personas capaces de poseerlos, pero bajo su fé de que la posesión iría acompañada de una promesa solemne del propietario aparente de no tener los bienes TO THE USE de las órdenes religiosas. Al igual que el fideicomiso romano, el instituto no tenía otro fundamento

(3) RENGIFO. Ramiro. La Fiducia, pág. 38.

en sus orígenes, que la buena fe o conciencia del fiduciario, de manera que la posición jurídica del fiduciante carecía de toda protección. Pero cuando el instituto logró superar el fin ilícito o fraudulento que señaló su nacimiento (y ello sucedió a fines del siglo XIV), el beneficiario obtuvo la protección del canceller para obtener las prestaciones que del TRUST derivaban a su favor, pero no por medio de las normas del COMMON LAW, sino por un procedimiento administrativo conforme a la EQUITY, y que recuerda la protección, también de índole administrativa, que el pretor concedía al fideicomisario a través del sistema procesal EXTRA ORDINEM. (4)

1.4.2. El Salmann. En el derecho germánico cabe considerar la figura interesante, para este estudio del Salmann como recurso ideado para poder disponer mortis causa de los bienes antes de que en tal derecho se conociera el testamento. Según el primitivo derecho germánico, todo el patrimonio estaba vinculado al parentesco de sangre, siendo desconocidas por tanto, las disposiciones por causa de muerte (NULLUM TESTAMENTUM), puesto que ello se hubiera considerado como un atentado a los derechos de reversión existentes. Sin embargo, dicho causante podía buscarse en heredero elegido, con objeto de que este realizara para él las ofrendas de difuntos,

_____(4) PUIG Luis, El Heredero Fiduciario, Pág. 23.

y a quien se le entregaba el caudal relicto. Semejante acto de creación de heredero (ADOPTIO IN HEREDITATE) necesitaba el asentamiento de los titulares de la reversión y había de llevarse a cabo ante la asamblea judicial pública; mediante las formas de la adopción.

Al combatir la iglesia las ofrendas paganas a los muertos, se opuso también a la ADOPTIO IN HEREDITATE, y así resulta que el heredero elegido se convierte en SALMANN, o sea en una persona a quien el causante transmite "a mano fiel" su patrimonio mediante la festuca. Dicho SALMANN ha de entregar a su vez el patrimonio ante la asamblea pública o abierta en el plazo de un año, y posteriormente la entrega no tiene lugar hasta después de la muerte del causante.

Una vez aceptado en derecho alemán el testamento, el SALMANN designado por el causante se convirtió en executor testamentario.

1.5. DERECHO VIGENTE

Si bien en sus inicios el fideicomiso y los acuerdos fiduciarios se celebraban exclusivamente sobre la base de la confianza, poco a poco se fueron institucionalizando reglas que otorgaban una protección al fiducian-

te ante el eventual incumplimiento de la palabra del fiduciario.

Los códigos modernos determinan y establecen los elementos esenciales que constituyen el fideicomiso, que son los siguientes: bienes que sean susceptibles de constituirse en fideicomisos, existencia de dos personas, fiduciario y fideicomisario, y existencia de una condición en virtud de la cual la propiedad pasa del fiduciario al fideicomisario. Desaparecieron, pues, de los códigos modernos los fideicomisos sucesivos y la no inenajenabilidad del bien dado en fideicomiso, que eran hasta esenciales antiguamente, y desapareció también el concepto de que el fideicomiso era una institución hereditaria como parecía deducirse de la ley de partidas.

2. INTRODUCCION DEL FIDEICOMISO EN COLOMBIA.

En nuestro derecho colombiano, nos encontramos con tres instituciones, que analizaremos en sus puntos más destacados y hacer claridad conceptual en los aspectos jurí dicos. Nos referiremos en primer lugar a la llamada propiedad fiduciaria, institución consagrada en el códi go civil, en segundo lugar a los encargos de confianza de la ley 45 de 1923 y en tercer y último lugar a la Fidu cia Mercantil tal como la denomina nuestro código de co - mercio.

2.1. LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Como ya lo anotamos esta institución se encuentra consa - grada en el código civil del año 87, institución de raigambre latina que encontró su fuente de inspiración en el antiguo derecho romano. Si bien es cierto que esta institución encu entra su fuente en el derecho ro mano, tampoco es menos cierto que don Andrés Bello quien partiendo en alguna medida del código napoleó - nico pero consultando todas las fuentes legislativas

conocidas en su época introdujo modificaciones en el código civil chileno, todas de la más trascendental importancia. (5)

En primer lugar, dejando casi que en forma marginal en el libro III del código el problema de las sustituciones fideicomisarias, que el código napoleónico borró prácticamente de su redacción, el señor Bello destinó en el libro II de los bienes todo un título destinado a la propiedad fiduciaria como una forma limitada de propiedad. No la tomó de su arquetipo francés, porque los franceses habían repudiado la figura, pero no se limitó tampoco a consagrar una propiedad fiduciaria a la manera de sus modelos latinos, sino que introdujo dos artículos que han llamado profundamente la atención en la doctrina colombiana. Nos referimos a los artículos 807 y 808 del código civil. Ellos dicen textualmente "cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario o cuando falte por cualquier causa el fiduciario designado estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si hubiere o sus herederos. "Este artículo 807, por virtud de la innovación de don Andrés Bello, consagra una posibilidad muy similar a la

(5) RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. El Fideicomiso en Colombia, Cuaderno 11, FELABAN.

que establecen los esquemas anglosajones enderezada a evitar que el encargo se frustre, es decir, que la propiedad fiduciaria pueda parecer en algún momento, pues ante la falta del fiduciario el constituyente pueda hacer este papel. Pero más importante aún, es el artículo 808. Este artículo señala que " si se dispusiere, que mientras pende la condición se reserven los frutos para la persona que en virtud de cumplirse o faltar la condición, adquiriera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un tenedor fiduciario, que sólo tendrá las facultades de los curadores de bienes". Pues bien al leer este artículo se encuentra que la glosa fundamental no sería de recibo en el caso de los códigos que siguieron el modelo chileno. Allí se ha concebido una clase de tenedor fiduciario que no tiene vocación de convertirse en propietario y que por el contrario es titular de ese derecho en favor y en pro de un tercer beneficiario. "El doctor Ignacio Copete Lizaralde, en su obra sobre la fiducia en 1940, como otros distinguidos comentaristas, afirman categóricamente que el señor Bello incluyó estos dos artículos por el conocimiento íntimo del derecho anglosajón, no sólo porque estudió los códigos más importantes de Estados Unidos de América sino porque vivió en Inglaterra y tuvo oportunidad de haber conocido este mecanismo"(6)

(6) RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. El Fideicomiso en Colombia, Cuaderno 11, FELABAN.

Al respecto, dice VALENCIA ZEA: En todo caso, la propiedad fiduciaria del código civil estaba destinada a servir los fines limitados de propiedades sujetas a extinguirse en el fiduciario por el cumplimiento de una condición. No obstante, existe un interesante artículo, y es el 808, concebido así: ... Este artículo ya no juega con los viejos principios del derecho romano ni con los del código civil. En él se propone y anuncia algo nuevo, o sea la posibilidad de combinar el fideicomiso con el usufructo. El denominado tenedor fiduciario no goza de la propiedad para sí, pues está obligado a entregar los frutos al fideicomisario o beneficiario. Nos hemos salido de los estrechos cuadros del antiguo derecho y pisamos un terreno totalmente nuevo. Por tanto el padre de familia puede perfectamente constituir un tenedor fiduciario de amplia experiencia en la administración de bienes, para administre un inmueble o un patrimonio y destine los frutos para la educación y sostenimiento de sus hijos. Sin embargo la disposición tiene un grave defecto, consiste en que el tenedor fiduciario puede, con el tiempo, adquirir la plena propiedad, esto es, cuando se sepa que la condición de restitución al fideicomisario no se cumplirá" (7)

(7) VALENCIA ZEA, Derecho Civil. Tomo II. Pág. 247.

Podemos apreciar la diferencia esencial entre el fideicomiso de los romanos y el de nuestro código civil con el del derecho anglosajón. El antiguo fideicomiso contempla la posibilidad de que una propiedad se transmita a un fiduciario, quien será titular de ella durante un término (concepción romana), o hasta que se cumpla una condición (concepción actual del derecho colombiano y de los códigos influídos por el que redactó Andrés Bello). El trust anglosajón también contempla la transmisión de una propiedad u otro derecho a un trusted, pero es una transmisión destinada a producir unos efectos actuales, inmediatos: los frutos del derecho transmitido o el producto de su enajenación deben entregarse al cestui que trust o beneficiario.

Valencia Zea en su obra ya citada manifiesta: Podemos ahora hacernos una pregunta: ¿fue totalmente al código civil de Bello el trust inglés? Acabamos de poner de manifiesto la regla del artículo 808 que dispone que el fiduciante puede ordenar que los frutos del fideicomiso se entreguen al fideicomisario. La única falla del texto es la de someter este fideicomiso a una condición. Como la norma del artículo 808 es totalmente extraña al código civil francés y a otras de las fuentes que tuvo en cuenta Bello al redactar su Código, desde concluirse que este autor se fundó al respecto en el dere -

cho inglés al que conocía suficientemente; más, por desgracia, no supo adoptarlo en toda su plenitud. Hubiera Bello suprimido la palabra condición y empleado la de Término, y nos encontraríamos pisando el terreno de la institución anglosajona.

La ubicación de esta materia en nuestro código civil (Artículos 793 a 822) y las justificaciones indican, en resumen, que la propiedad fiduciaria está concebida como una manera de limitar el dominio, limitación que consiste exactamente, en que una persona "dispone de una cosa suya en favor de otra a quien grava con la obligación de restituirla a una tercera si se verifica una condición". Existe, pues, un sólo propietario, quien detenta y aprovecha el bien gravado de esa manera hasta la verificación de la condición establecida. Las notas sobresalientes de esta propiedad son las siguientes:

a. No existe un derecho: el de propiedad del fiduciario.

b. La institución está concebida como un gravamen, de tal manera que el beneficio simultáneo de un tercero es un asunto ajeno a sus finalidades.

c. La transferencia al beneficiario (FIDEICOMISARIO) de

pende, inexclusivamente, de una condición. Si la trans
ferencia se somete a término no existe propiedad fiducia
ria.

d. La condición es resolutoria para el propietario fi
duciario y suspensiva para el fideicomisario (benefi -
ciario).

Sin embargo, la condición al fideicomiso no opera re -
troactivamente, por tanto subsiste en todos los actos
ejecutados por el fiduciario sobre las cosas mientras
las tuvo en su poder.

e. El propietario fiduciario puede enajenar su pro -
piedad fiduciaria y se transmite por causa de muerte,
sujeta al gravamen respectivo (C.C. Art. 810).

f. La propiedad fiduciaria sólo se puede consti -
tuir con instrumento público o por testamento (C.C.
art. 796), así los bienes sean muebles.

g. Si la condición falla - no se cumple- la propie -
dad se consolida en cabeza de propietario y fiduciario,
lo que resulta apenas obvio tomamos en cuenta el es -
píritu y las finalidades de la institución: el total
aprovechamiento del bien por el propietario fiduciario

hasta que se cumpla la condición.

h. Finalmente, la propiedad fiduciaria carece de flexi bilidad para servir los negocios masivos o reitera - dos y se encuentra concebida a la manera de las ins - tituciones jurídicas excepcionales. Otro es el espíri - tu del derecho mercantil, hasta el punto de que, exage - ra un poco las cosas, las instituciones de este dere - cho deben ofrecer una vocación para que puedan ser re - ducidas a contratos - formularios, típicos de la contra - tación masiva o reiterada. (8)

2.2. LEY 45 DE 1923

El segundo elemento de este marco jurídico está consti - tuído por los llamados encargos de confianza de la ley 45 de 1923, nuestra ley bancaria fundamental, ley que modernizó e impulsó el sistema financiero, vigente en buena parte todavía, incorporó al derecho colombiano como ya dijimos los llamados encargos de confianza, con lo que sentó las bases para la banca se hubiera conver - tido en el gran asesor de las empresas, de la familia, de los inexpertos, incapaces e inhábiles y en un exce -

(8)

PEÑA CASTRILLON. Gilberto. La Fiducia en Colombia, Monografía Jurídica, Editorial Temis.

lente auxiliar de la justicia.

Esta ley en su artículo 7 define la sección fiduciaria así: las palabras "sección fiduciaria" significan una sección de un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar el encargo de confianza que le sean legalmente encomendados.

Para los efectos de esta ley, se entiende por fideicomiso todo encargo de confianza de los en ella expresados y por fideicomisario el individuo o entidad a quien se encomienda tal encargo.

Se les atribuía a las secciones fiduciarias, de manera privativa y previa autorización de la superintendencia, la facultad de realizar los encargos de confianza.

Los artículos 105 y 107 contienen la descripción, en forma enunciativa simplemente, de las operaciones que pueden realizar las secciones fiduciarias de los bancos, y si bien todos los comentaristas se sienten obligados a criticar el lenguaje, las repeticiones y las sinonimias de lo allí previsto creemos que tales insistencias y reiteraciones estaban alentadas por un ánimo pedagógico como era enseñarles a los bancos y a los usuarios la variedad de negocios y gestiones que podían

ejecutar tales secciones fiduciarias.

La expresión encargo fiduciario del artículo 7, puede ser tomada como sinónima de mandato. Una reciente, extemporánea y aguda interpretación del artículo 107 ordinal 7 establece que desde 1923 quedó incorporado al derecho colombiano el fideicomiso de garantía, pues tal artículo reproduce lo que en el derecho anglosajón es el CONSTRUCTIVE TRUST, esto es "una seguridad real concedida por el derecho de los TRUST para lograr el cumplimiento de obligaciones anteriores ". (9)

El artículo 105 habría pretendido hacer una descripción genérica de las facultades atribuibles a una sección fiduciaria, mientras que el artículo 107, que pretendía indicar una serie de facultades adicionales a las del artículo 105, habría desarrollado, en tipos especiales o particulares, lo previsto en forma genérica en el artículo 105.

No vamos en este trabajo a transcribir la ley pero sí, revelar algunos aspectos que indican su importancia histórica, lo que será más fácil de entender si por un momento

(9)

CHAVEZ. Isaías, La Fiducia o fideicomiso en el derecho Colombiano, Revista de derecho económico. Año 11 Núm. 2.

hacemos una composición del lugar y nos trasladamos al año 1923;

En primer lugar, resulta todavía plausible y espectacular la previsión del artículo 107, ordinal 3º encaminada a darle a la mujer casada, divorciada o separada de bienes un mecanismo para administrar y asegurar sus bienes. Esto no alcanzó ningún desarrollo y sospecho que las secciones fiduciarias ni se enteraron de lo que quería la ley: poner a disposición de la mujer casada, divorciada o separada una institución que la librara de la condición de incapaz que tenía en ese momento y que limitara la interferencia del cónyuge en la administración de sus propios bienes o de los bienes de terceros que por alguna razón le hubieren sido confiados.

En segundo lugar, esta ley contenía no sólo el germen sino también hipótesis concretas para que las secciones fiduciarias de los bancos se hubieran convertido en los grandes auxiliares de la justicia y en los grandes depositarios de los bienes que quedan trabados en los procesos en forma improductiva y deteriorante.

Finalmente, se facultaba a los bancos para el manejo productivo de patrimonios familiares y para que la banca se hubiera convertido en la gran administradora de

bienes de menores, huérfanos e incapaces por cualquier otra causa, mediante mandato extrajudicial o por disposiciones testamentarias, sirviendo de esa manera los derechos del niño o del incapaz aspecto que tampoco tuvo desarrollo alguno.

Las cosas tomaron rumbo y vaya uno a saber si la necesidad de organizar e impulsar lo predominantemente financiero, unido a la natural vanidad de quienes operan el negocio bancario no permitió que se desarrollaran estas actividades consideradas menores, de menor urgencia y de baja rentabilidad.

Con pocas excepciones de algunos bancos que le han dado una importancia evidente a sus secciones fiduciarias, dichas secciones han quedado reducidas a efectuar las siguientes operaciones:

a. CUSTODIA DE DOCUMENTOS: Esta puede ser la función de más trámite. Consiste en la simple guarda de documentos en sobres lacrados cuyo reclamo se efectúa con un título de simple legitimación, no negociable propio de estas secciones llamado "certificado de depósito de custodia".

Las funciones de custodia también comprender los documentos que constituyen garantía para el banco complementa -

das muchas veces con el recaudo de los accesorios del ca
pital o de sus abonos parciales y su inmediato traslado
a la sección comercial para amortizar la obligación
principal.

b. MANDATO DE INVERSIONES: Es el manejo de dinero, bien
sea recibido directamente o como resultado de otra ges -
tión, para destinarlo a los fines determinados por el
cliente, como por ejemplo gastos estudiantiles y de manu -
tención, pensiones alimenticias convenidas extrajudicial -
mente, etc.

c. COBRANZAS: Esta gestión la realizan las secciones fi
duciarias para apoyar a las secciones comerciales en el
manejo de algunas "fuentes de pago" que los clientes
convienen destinar a la atención de sus obligaciones con
la sección comercial.

El doctor Fernando Londoño decía: Cuando uno analiza la
banca contemporánea colombiana nacida en 1923, ha de con
cluir sin temor a equivocación que era una banca que te -
nía vocación para haber realizado todas las operacio -
nes propias y necesarias en el sector financiero. En
efecto pensemos por un instante lo que significaba en
1923 para un banco comercial contar con una sección co -
mercial, una sección de ahorros, una sección fiduciaria

y una sección hipotecaria. Yo diría que todas las necesidades concebibles en su época podían ser atendidas por esa banca. Pero muy pronto lo que había sido un avance de 50 años frente a las tendencias contemporáneas en materia de banca múltiple se hizo o resultó frustrado en el caso colombiano al enseñorearse el principio de la especialización.

Finalicemos este capítulo reseñando que esta ley 45 de 1923 sobre establecimientos bancarios hizo parte de un conjunto de leyes propuesto por la llamada misión Kemmerer, conformada por un grupo de expertos financieros y banqueros norteamericanos que visitó por primera vez al país en 1923, durante el gobierno de Pedro Nel Ospina y cuya misión fundamental fue la de poner orden al caos económico y financiero del país.

2.3. LA FIDUCIA MERCANTIL

El tercer y último lugar tiene Colombia en su flamante código que rige a partir de 1972 la institución de la fiducia mercantil (Artículos 1226 a 1244 C. de Co.), institución que no sólo era (y sigue siendo en menor proporción) desconocida en la práctica sino que ha sido traída de un sistema jurídico completamente extraño, como lo es el anglosajón.

En efecto mientras todas o casi todas las instituciones tratadas en el derecho colombiano, han tenido permanente residencia y son familiares en los códigos de los países con legislación de origen romano, la fiducia encuentra sus raíces en un derecho ajeno y extraño como lo es el anglosajón. Esta carencia de raíces, podría decirse que es la causante de la nula o casi nula utilización de la fiducia en la práctica de los negocios en Colombia.

Un antecedente importante de la fiducia en Colombia se encuentra en la figura jurídica del TRUST, nacida en el derecho inglés y transmitida al derecho americano.(10)

Las limitaciones del fideicomiso civil que igualmente se encuentran en otras legislaciones latinoamericanas, debido a la herencia cultural común y a la identidad de las fuentes del derecho cultural común y a la identidad de las fuentes del derecho codificado, llevaron a los juristas, en las primeras décadas del presente siglo, a estudiar los instrumentos necesarios para incorporar el TRUST en los derechos nacionales de origen romano - germánicos, dadas las ventajas que ofrecía.

(10) MORRIS ORDOÑEZ, Francisco; Cuaderno 10, FELABAN.

No hay duda alguna de que dicha misión incluyó en el proyecto que se convertiría en nuestra ley 45 de 1923 los actos que realizan los bancos americanos con base en el TRUST. No obstante la ausencia de una reglamentación posterior de la ley mencionada implican una importante reducción de las facultades asignadas a las secciones fiduciarias de los bancos; situación que se mantendría hasta la expedición del código de comercio de 1971.

El TRUST angloamericano no sólo podía ser incorporado en su integridad en el derecho colombiano, donde los principios tienen un fundamento distinto a los del derecho americano; era preciso efectuar previamente una adaptación con la tradición jurídica del país. La carencia de una regulación que permitiera la operatividad del nuevo contrato obligó a la superintendencia a situarlo dentro de la categoría de los negocios jurídicos de confianza, que en aquella época estaban consagrados en el derecho nacional.

Las normas del código de comercio vienen a ser el resultado final de la obra emprendida con la ley 45 de 1923, al brindar los instrumentos jurídicos necesarios para obtener la amplia gama de resultados que se pueden obtener con una institución tan flexible como lo es el TRUST, ar

monizadas con las demás disposiciones jurídicas, para que de esta forma se tenga una figura totalmente integrada al derecho positivo.

Aunque más adelante haremos un análisis pormenorizado de la fiducia mercantil, para finalizar este capítulo señalaremos de manera general las características más importantes tomando como base el texto de las normas:

a. El meollo de la institución es una transferencia de bienes particulares por parte del constituyente de la fiducia (fiduciante) a una institución fiduciaria.

b. En la fiducia mercantil el fiduciario no tiene la propiedad para sí, en su provecho sino que la debe destinar al beneficio del fideicomisario.

c. Ordena la ley que no pueden ser fiduciarios las personas naturales para preservar la estabilidad de la institución y la formación de empresas especializadas en esta clase de negocios. Por ello sólo pueden ser fiduciarios los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias autorizadas por la superintendencia bancaria.

d. En relación con los bienes fideicomitivos, muchos

comentaristas añoran la claridad y la precisión con que el código civil define el asunto cuando establece quien es el dueño de los bienes materia de la propiedad fiduciaria. Pero la claridad conceptual del código civil no ha servido ni servirá para desarrollar la propiedad fiduciaria prevista en este estatuto y esta puede ser una excelente prueba de la esterilidad de ciertas leyes perfectas. (11)

(11) PEÑA CASTRILLON, Gilberto. La Fiducia en Colombia, Monografía Jurídica, Editorial Temis.

3. ANALISIS COMPARATIVO

3.1. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

En cuanto a la propiedad fiduciaria regulada por nuestro código civil, tenemos que señalar que la ubicación de la materia, en ese código y las justificaciones indican, en resumen, que la propiedad fiduciaria está concebida como una manera de limitar el dominio, limitación que consiste, exactamente, en que una persona "dispone de una cosa suya en favor de otra a quien se grava con la obligación de restituirla a una tercera si se verifica una condición". Existe, pues, un solo propietario, quien detenta y aprovecha el bien gravado de esta manera hasta la verificación de la condición establecida. (12).

A este respecto la corte en casación del 17 de Agosto de 1.944, sostuvo: "No puede sostēnerse tampoco que en el fideicomiso el fiduciario debe ser el único dueño mientras pende la condición, puesto que pueden coexis-

(12) PEÑA CASTRILLON, Gilberto, La Fiducia en Colombia, Monografía Jurídica.

tir sobre un mismo cuerpo dos cualidades: la de dueño absoluto, de una cuota, y la del fiduciario, en otra, según enseña el artículo 812, por donde se ve más aún de bulto que el nudo propietario puede enajenar la cosa que ha sido dada en fideicomiso para lo cual está autorizado por el artículo 810 del C.C. y no tiene más falla que impida la transmisibilidad de ese derecho sino cuando el día fijado para la restitución es la muerte del fiduciario; entonces no podrá transmitir por testamento el bien que tiene en fiducia.

El fideicomiso puede constituirse sobre la nuda propiedad".

La pregunta que ahora nos hacemos es la de como está concebida en nuestra actual legislación mercantil.

Como es fácil deducirlo, la propiedad fiduciaria del código civil es totalmente diferente de la reglamentada por nuestro código de comercio como la fiducia mercantil, sin que este estatuto haya derogado la propiedad fiduciaria civil que, dicho al paso bien puede ser utilizada por los comerciantes, ya que la vigencia de una institución civil no depende ni de la moda, ni del factor cuantitativo.

El artículo 1226 del código de comercio que define la fiducia comienza diciendo que " la fiducia mercantil es un negocio jurídico "...

Antes queremos señalar las definiciones de acto jurídico y negocio jurídico.

Acto jurídico es cualquier hecho, determinado por el nóbre, al cual el ordenamiento jurídico reconozca consecuencias jurídicas. Es decir un comportamiento humano voluntario que produce efectos de derecho.

Podríamos definir el negocio jurídico, como lo define Trabichi, "Determinación de voluntad dirigida a un fin práctico que consiste en la constitución, modificación o extensión de una situación jurídica relevante. Esta definición nos trae los siguiente elementos:

1. Una manifestación de voluntad.
2. El que esta determinación de voluntad esté dirigida a la producción de un determinado efecto.
3. Que este efecto buscado resulte jurídicamente relevante.

Nuestro código civil recoge la vieja teoría bipartida, suele emplear la expresión "acto jurídico" como equivalente a la francesa acte juridique; pero también emplea el término negocio. En todo caso, la influencia de los expositores franceses en nuestra doctrina fue la que generalizó la expresión acto jurídico, en vez de la expresión negocio jurídico.

Es importante señalar que en el idioma español existen términos negociar y negocio, derivados del latino negotium. Por lugar de declaración de voluntad, y rara vez la palabra acto. Así un comerciante que efectúa una venta no dice "he realizado un acto de venta" sino "he realizado un negocio de venta"; al comerciante dedicado a comprar y revender se le pregunta "cómo marchan sus negocios?" y nuncia "cómo marchar sus actos?".

El actual código de comercio plantea en toda su estructura la clasificación tripartida. Por tal motivo al hablar de la fiducia dice que es un negocio jurídico.

Al analizar el artículo 1226 en su estructura notamos que, si se trata de un negocio jurídico por los siguientes motivos:

a. La fiducia mercantil es una manifestación de voluntad.

b. Esta manifestación de voluntad está encaminada a la realización de un determinado efecto. Tal como se desprende de lo enunciado por el citado artículo 1226 cuando dice: ... para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero, llamado beneficiario o fideicomisario.

c. Este efecto que se busca va a producir consecuencias jurídicas, es decir, que va a poner en movimiento las normas del derecho ya sea la transmisión de los bienes o su administración.

Nos planteamos ahora el interrogante de cuál es el negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente le va a transferir los bienes al fiduciario. Lo hará en virtud de una obligación surgida de un contrato o de una declaración unilateral de voluntad?. Podría incluso hablarse de un contrato plurilateral?. El asunto reviste indudable importancia práctica, pues de la dilucidación del interrogante planteado depende la clarificación del momento a partir del cual puede decirse que el fideicomitente está obligado a transferir los bienes al fiduciario. También se podrá decir si el fidu -

ciario o incluso el fideicomisario pueden exigirle el cumplimiento de sus obligaciones a aquel fideicomitente. Igualmente la determinación de la aplicabilidad de la condición resolutoria en caso de incumplimiento a que se refiere el artículo 1546 del código civil y 870 del código de comercio, la posibilidad de cesión del contrato a que hace mención el artículo 887 y ss. del mismo código.

Es perfectamente posible que mediante escritura pública, tal como lo exige el art. 1228 del C. de Co. el fideicomitente exteriorice su voluntad de transferir ciertos bienes a un fiduciario para beneficio de otra persona. Una vez perfeccionada esa declaratoria unilateral de voluntad con las formalidades prescritas por la ley, no existe ningún obstáculo legal para que nazca a la vida el negocio jurídico llamado fiducia o se entable una relación jurídica.

La posibilidad de constitución de la fiducia mediante declaración unilateral de voluntad no se contradice por el hecho de que el fiduciario tenga que expresar su voluntad de aceptar los beneficios. Ellas simplemente constituyen declaraciones independientes de voluntad, la del fiduciario, para que la fiducia empiece a funcionar y la del fideicomisario, para que los fines puedan realizarse y no tenga que declararse su terminación.

Igualmente puede constituirse la fiducia a través de un contrato bilateral entre el fiduciante y el fiduciario, cuando ambos concurren y expresan su voluntad en el escrito, el uno de transferir ciertos bienes al otro para el beneficio del fideicomisario. Esta opinión encuentra pleno apoyo en el artículo 1232 del C. de Co. donde no se sabe si por descuido, se habla de contrato y en donde se dice que el fiduciario puede renunciar a su cargo por las causas indicadas en el acuerdo o, en general, cuando se haga imposible cumplir sus deberes o no existen fondos suficientes para pagarle su remuneración, o por incumplimiento, como cuando no se le paga las prestaciones que se le deben. (13)

3.2. CARACTERISTICAS

El fideicomiso tiene las siguientes:

a. Solemne. Según se desprende del art. 1228 del C. de Co., se debe constituir por escritura pública que debe registrarse en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos en el evento de versar sobre bienes inmuebles; si son muebles lo propio se hará en la cámara de comercio del domicilio, lo anterior es cuando se cons-

(13) RENGIFO. Ramiro. La Fiducia, Legislación Nacional y Derecho comparado.

tituye fideicomiso por acto entre vivos. Si se cons - tituye por causa de muerte deberá solo por testamento con sus respectivos requisitos y formalidades.

b. Temporal. No puede durar más de treinta (30) años, que se contarán "desde la delación de la propiedad" o de la tenencia fiduciaria "a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución.

c. Produce obligaciones para el fiduciante o consti - tuyente y para el beneficiario.

d. Gratuito y Oneroso. El fideicomiso que se contempla en el código civil puede ser oneroso o gratuito. El fideicomiso mercantil, es solamente oneroso en vir - tud del mandato del artículo 1237 del C. de Co. que dice:

" Todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto ex pida la Superintendencia Bancaria".

e. Pasivo del Fiduciario. Si el fideicomiso está en el patrimonio del fiduciario con la condición de pasar al fideicomisario, necesariamente será un pasi - vo en la herencia de aquél por lo cual debe enlistar - se en dicha partida y no en su activo, pues sus herede

deros debèn restituir dicho bien (el fideicomiso) a su destinatario.

f. No nulidad de Fideicomisos sucesivos. A término del artículo 805 del C.C. que prohíbe establecer dos o más fideicomisos sucesivos, se desprende que no hay nulidad en su establecimiento, sino, todo lo contrario, validez del primer fideicomiso e ineficacia de los subsiguientes, según el inciso segundo de dicha norma.

g. Es un derecho real principal y no un derecho real accesorio, porque subsiste por sí mismo sin necesidad de otro derecho.

h. Irrenunciable. Por regla general la fiducia mercantil es irrenunciable, tal como sucede en el ordenamiento civil pero existen algunas excepciones contempladas en dos artículos del Código de Comercio.

1. Artículo 1232. El fiduciario unilateralmente puede renunciar a la fiducia mercantil en los siguientes casos:

1. Que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir las prestaciones de acuerdo con el acto constitutivo.

2. Que los bienes fideicomitivos no rindan producto su-

ficiente para cubrir las compensaciones estipuladas a favor del fiduciario, y

3. Que el fiduciante, sus causahabientes o el beneficiario, en su caso, se niegue a pagar dichas compensaciones.

La renuncia del fiduciario requiere autorización previa del superintendente bancario.

2. Por causales expresamente concentradas en el acto constitutivo como serían:

a. Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto de constitución.

b. Por revocación del fiduciante cuando expresamente se haya reservado ese derecho.

3.3. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS DE LA LEGISLACION COLOMBIANA

3.3.1. La Fiducia y el Mandato. El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y

riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.

De la anterior definición que nos tiene nuestro código civil se puede inferir lo siguiente:

Lo esencial en el contrato de mandato es que el mandatario actúe a nombre de otra persona (mandante) y el riesgo que se corre es por cuenta del mandante. La diferencia con el segundo negocio fiduciario, es muy clara, pues éste, el fiduciario se comporta como propietario, obra en nombre propio, debido a que el patrimonio que administra está radicado en su cabeza. Por otra parte, el negocio que celebre el fiduciario produce sus efectos inmediatos en su propio patrimonio y lo obliga en forma directa. Diferente cosa sucede con el negocio representativo que celebra el mandatario, pues los efectos de tal negocio se proyectan en la esfera jurídica del mandante; en cuanto a la forma de constitución del mandato, según el artículo 2149 del código civil " puede hacerse por escritura pública o privada, por carta, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra". Mientras que el negocio fiduciario deberá siempre constituirse por

escrito, ya sea escritura pública o testamento; los fines del mandato son limitados desde un doble punto de vista: en el apoderamiento deben especificarse claramente las facultades del mandatario, y generalmente con la muerte del mandante termina el mandato, lo que indica que los efectos no van más allá de la vida del mandante. Los fines del fideicomiso o fiducia son mucho más amplios y no están destinados a extinguirse con la muerte del fiduciante. Todas estas diferencias reconocen como causa la circunstancia de que en el mandato no existe transmisión del derecho administrativo al mandatario, pues la titularidad permanece siempre en cabeza del mandante; en la fiducia, según se ha advertido, existe transmisión del derecho al fiduciario.(14)

3.3.2. El Fideicomiso y la estipulación para un tercero. está contemplada en el artículo 1506 del código civil y consiste en un acuerdo entre el estipulante y el promitente por el cual el último se compromete a cumplir la prestación en favor de un tercero, llamado beneficiario y quien no ha tomado parte en el acuerdo. Se entiende que el derecho del tercero bene-

(14) VALENCIA ZEA. Arturo. Derechos reales, Tomo 2.

ficiario surge desde el momento de la estipulación pero deviene definitivo una vez manifieste su intención de aceptar los beneficios del acuerdo. Hasta tanto ello no ocurra la estipulación es revocable por acuerdo entre las partes del contrato.

La estipulación para otros es una figura de estructura tripartita y de ahí su semejanza con la fiducia en donde indudablemente, hablando en términos muy generales, se presenta una estipulación para otro. En efecto, lo que el fideicomitente hace es comprometer al fiduciario a que cumpla ciertas obligaciones frente al fideicomisario. No obstante, la existencia de esta estructura tripartita no es suficiente para justificar una asimilación de las dos figuras. Obsérvese en primer lugar, que la estipulación para un tercero, el promitente adquiere frente al beneficiario un compromiso personal o sea, este beneficiario no tiene más que el derecho personal de exigirle al promitente el cumplimiento de una obligación. En la fiducia, en cambio, el beneficiario tiene en algunos casos verdaderos derechos reales contra el fiduciario.

En segundo lugar en la estipulación para un tercero el estipulante no transfiere propiedad de ninguna índole al promitente para tenerla en beneficio del tercero beneficiario, en tanto que en la fiducia fundamentalmente hay

una transferencia de propiedad de unos bienes del fideicomitente al fiduciario, los cuales quedan afectados al beneficio del fideicomisario. En tercer lugar, no existe en la estipulación para un tercero una división de derechos o intereses radicados en el mismo objeto entre el promitente y el beneficiario. En cuarto lugar, el elemento funcional y práctico de la fiducia no se encuentra en la estipulación. En efecto, en ésta lo que el promitente debe hacer es simplemente cumplir una obligación frente al beneficiario, pero no tiene ningún deber administrativo con respecto a ningún bien ni con respecto a ninguna persona.

3.3.3. La Fiducia y la Donación.

La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta (Artículo 1443 del código civil) ¿qué diferencia podrá haber entre esta figura y el fideicomiso? como primera medida la donación se refiere a bienes presentes como bien lo anota mientras que en el fideicomiso se puede estipular sobre bienes futuros.

Otra diferencia es la de que en la donación tan sólo intervienen dos personas: donante y donatario. En el

fideicomiso aparecen dos o tres personas que son: El fi
deicomitente o constituyente, fíduciario y beneficia -
rio o fiedicomisario que puede ser el mismo constituyen
te. Una tercera diferencia radica en la forma de consti
tuírse . La fiducia, como lo hemos dicho con anteriorii
dad siempre debe constar por escrito público o testamen-
to y deberá registrarse ante el organismo competente.
 En la donación, además de los anteriores requisitos, cuan
do verse por sumas superiores a \$2.000,00 necesitan de
 un trámite judicial anterior a su constitución la insinua
ción por medio del cual el juez autoriza la donación.

3.3.4. La Fiducia y el Depósito. El artículo 2236 del
 código civil dice:

"LLámese en general depósito el contrato
 en que se confía una cosa corporal
 a una persona que se encarga de guar-
darla y de restituirla en especie.
 Existen dos clases de depósito: el pro
piamente dicho que lo define el artículo
 2240, diciendo que "es un contrato-
 en que una de las partes entrega a la-
 otra parte una parte corporal o (sic)
 mueble para que la guarde, y la resti-
tuya en especie, a voluntad del deposita
nte". La otra clase de depósito se
 denomina necesario y según el artículo
 2260 del Código Civil es " cuando la -
elección del depositario no depende de
 la libre voluntad del depositante como
 en el caso de un incendio, ruina, sa-
queo u otra calamidad semejante. El que
 que nos interesa es el definido en el -
 artículo 2240 del Código Civil.

La primera diferencia la notamos muy fácilmente: se constituye solamente para muebles, mientras que el negocio jurídico se constituye indistintamente para muebles como para inmuebles.

La segunda diferencia, que es la fundamental, es la de que en el depósito tal como lo hemos visto no se traslada la propiedad, mientras que en la fiducia sí ocurre esa traslación de dominio.

Podríamos mencionar otra característica del contrato de depósito que lo diferencian con el negocio fiduciario, y así tenemos que el depósito es un contrato unilateral, real y generalmente gratuito.

Los mencionados contratos, depósito y negocio fiduciario, se asemejan en cuanto a la confianza que deberá existir entre las partes intervinientes.

3.3.5. La Fiducia y el Usufructo. Una de las instituciones propias del mundo de raíz romana que puede considerarse adecuado sustituto de la fiducia es el usufructo. (15).

(15) RENGIFO. Ramiro. La Fiducia. Legislación Nacional y derecho comparado.

Esta institución la consagra el artículo 823 del Código Civil y dice :

" El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver cualquier cantidad del mismo género o de pagar su valor, si la cosa es fungible".

Entre el usufructo y la fiducia existen diferencias estructurales, funcionales y prácticas tan obvias que resulta vano cualquier intento de sustitución de la última con la primera. En primer lugar, en el usufructo intervienen dos personas, y si bien en él (lo mismo que en la fiducia), el usufructuario (como el fideicomisario) va a disfrutar del bien por un tiempo determinado, el goce del mismo en la primera de las instituciones se hace directamente, en tanto en la fiducia se hace indirectamente y de allí que se necesita siempre una tercera persona intermediaria. Esta estructura tripartita de la fiducia nunca se puede dar en el usufructo, aunque aparentemente el artículo 836 del código civil puede indicar lo contrario. Este artículo en síntesis dice que el nudo propietario puede administrar el bien dado en el usufructo, cuanto el usufructuario, por no haber prestado caución, no puede recibir el bien, y darle el producto

líquido de dicha administración a dicho usufructuario.

Aparentemente se da aquí exactamente el caso de una fiducia en donde existe un beneficiario y un administrador intermediario; pero aún así, la situación en primer lugar, es excepcional y, en segundo, temporal ; pero lo más importante aún es que en ningún caso el nudo propietario administrador va a aparecer como dueño del derecho de usufructo sino que su calidad de administrador tiene meramente el alcance de un representante.

Desde un punto de vista funcional, el usufructuario actúa en su propio beneficio, lo cual significa que, como tal no tiene que rendir cuentas a nadie, en tanto el fiduciario, por estar actuando en beneficio del fideicomisario, siempre es responsable por la adecuada administración del interés o derecho que a dicho tercero fideicomisario le pertenece.

Desde el punto de vista práctico, la fiducia tiene como cometido mediatizar el goce de un interés o derecho que se quiere otorgar o se otorga a un tercero, bien porque se busca proteger debido a su incapacidad, inexperiencia o simple falta de vocación, o porque se le considera irresponsable, derrochador, o porque no se desea que el goce del bien se comparta con otra persona o

porque se cree que esa otra persona ejerce una influencia nefasta en el tercero o, definitivamente, porque se considera que un profesional, un experto puede sacar mejor provecho económico del bien o bienes, gracias a sus habilidades, conocimientos, experiencia, ubicación, etc.

El usufructo busca exactamente lo opuesto; darle el manejo directo de la cosa al beneficiario del mismo, no importa cuan experto sea, cuan capaz y libre de influencia de terceros sea o no.

Otra diferencia entre las dos instituciones se encuentra en el modo de constituirse y exigirse. Así, el usufructo puede surgir por disposición de la ley o adquirirse por prescripción, según lo admiten los numerales primero y cuarto del artículo 825 del Código Civil, en tanto la fiducia sólo puede surgir por emisión de voluntad del creador. El usufructo nunca puede estar sujeto a condición según lo dice el artículo 827 del código civil; la fiducia, en cambio, puede surgir a pesar de que el derecho del beneficiario este sujeto a condición, según se desprende del numeral quinto del artículo 1240 de C. de Co.

Debido a su diferente función las dos instituciones tienen distintos modos de terminarse. Así por ejemplo, la

fiducia puede terminar por haberse cumplido o hacerse imposible el cumplimiento de los fines para los cuales fue creada, o por no cumplirse la condición de que depende su existencia. Estas causales no tienen sentido en la estructura del usufructo.

Entre ambas instituciones se encuentran algunas similitudes, como la de que en las dos se busca beneficiar por un tiempo determinado a una persona con los frutos de un bien, tanto el interés del usufructuario como el del fideicomisario se pueden transferir y ambos pueden ser objeto de embargo.

4. FIDEICOMISO CIVIL

4.1. DEFINICION

El Código Civil en su artículo 794 define el fideicomiso así:

"Se llama PROPIEDAD FIDUCIARIA la que es tá sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición".

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fidei comiso.

La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama RESTITU CION.

De lo anterior podemos colegir, tres son los elementos del fideicomiso:

Los sujetos, el objeto y una condición.

Sujetos: a. Constituyente o fideicomitente que lo es quien ordena el fideicomiso o "disposición por la cual se deja un patrimonio o parte del mismo a la fe o en - cargo de una persona para que, cumplida una condición, lo entregue a alguien (fideicomisario) o lo invierta en algo determinado.

Si se trata de instituir un fideicomiso por act0 entre vivos, el constituyente debe ser persona plenamente ca - paz, pues es hábil para otorgar testamento.

b. Fiduciario. Es la persona que se encarga de cumplir el fideicomiso, por lo cual a ella se transfiere la propie - dad por acto testamentario o por acto entre vivos, pero sometida a ir o a pasar a otra persona (el fideicomisa - rio).

Señala el artículo 802 del C.C. que pueden ser uno o más los fiduciarios, quienes gozan del derecho de acrecer (Artículo 809 del C.C.) o sea de hacer suyos los dere - chos fiduciarios sustitutos (que a falta de uno ingre - se otro) porque, si expresamente no lo dice el código co - mo lo hace con los fideicomisarios, por analogía se pue - de interpretar y aplicar el precepto del artículo 804 del C.C.

Así mismo, fiduciario puede ser el mismo constituyente, o sus herederos, así lo determina el artículo 807 del C.C.:

"Cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquier causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos. O el artículo 808 del mismo estatuto señala que, si se dispusiere que mientras pende la condición se reservan los frutos para la persona que en virtud de cumplirse o de faltar la condición, adquiriera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un tenedor fiduciario, que sólo tendrá las facultades de los curadores de bienes".

No puede sostenerse tampoco que en el fideicomiso el fiduciario debe ser único dueño mientras penda la condición, puesto que pueden coexistir sobre un mismo cuerpo cierto dos calidades : la de dueño absoluto, de una cuota, y la de fiduciario, en otra, según enseña el artículo 812, por donde se ve más aún de bulto que el nudo propietario puede enajenar la cosa que le ha sido dada en fideicomiso para lo cual está autorizado por el artículo 810 del Código Civil , y no tiene más valla que

impida la transmisibilidad de ese derecho sino cuando el día fijado para la restitución es la muerte del fiduciario; entonces no podrá transmitir por testamento el bien que tiene en fiducia. (16)

c. Finalmente el fideicomisario o beneficiario que es aquella persona a quien ha de pasar la propiedad cuando la condición se cumpla.

Inicialmente, el fideicomisario o beneficiario del fideicomiso no tiene que existir "al tiempo de diferir se la propiedad fiduciaria", pero sí cuando se cumpla la condición (C.C. artículos 798 y 799), pues mientras ésta no se realice, sólo existe para él una "simple expectativa" y de ahí que "el fideicomisario que fallece antes de la restitución, no transmite por testamento o abuntes tado derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aún la simple expectativa que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere (C.C. artículo 821) o termina el fideicomiso (C.C. artículo 822 numeral 5º).

Pueden darse fideicomisarios conjuntos (C.C. artículo 802) en forma de comunidad, caso en el cual habrá cuo -
 (16) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación civil, Sentencia de Agosto 17 de 1944:

tas partes, o sustitutos con gradación (C.C. artículos 803 y 1223), pero de todas maneras designados expresamente (C.C. artículo 804). Así mismo debe tenerse en cuenta que cuando se trata de fideicomisarios conjuntos del mismo grado, la circunstancia de cumplirse la condición por parte de uno de ellos, para el fideicomiso a éste, es decir, la "restitución" en él y a medida que se vaya cumpliendo respecto de los demás, a éstos se les irá restituyendo (C.C. artículo 806), salvo que hayan transcurrido los treinta años subsiguientes a la delación del fideicomiso, de que trata el artículo 800 del C.C.

También el fideicomisario conjunto de igual gradación goza del derecho de acrecer. (17)

- Condición. La condición según el artículo 1530 del Código Civil es el acontecimiento futuro e incierto que puede suceder o no, que bien puede ser en consecuencia, afirmativa o negativa.

El artículo 799 del C.C. que a la letra dice:

" El fideicomiso supone siempre la

_____(17) ANGARITA GOMEZ, Jorge, Derecho Civil, Bienes, Tomo II, Ed. Temis.

condición expresa o tácita de exis
tir el fideicomisario o su sustitu
to, a la época de la restitución."

A esta condición de existencia, pueden agregarse otras copulativa o disyuntivamente. Artículo que debe entenderse en el sentido de que no hace sino recalcar sobre la esencia misma del fideicomiso; propiedad que pasa a otra persona por el cumplimiento de una condición, es de de cir, que además del requisito de la existencia del fideicomisario, es necesario la del acontecimiento futuro e incierto, que de acuerdo con lo perceptuado por el art. 801 ibidem que dice que las disposiciones a día, que no equivalgan a condición (...) no constituyen fideicomiso. La condición es respecto del fideicomisario, no del fiduciario. (18).

Valga la transcripción del siguiente aparte de nuestra Corte en corroboración a lo anterior:

"Constituye fideicomiso la asignación testamentaria por la cual el testa -
dor al instituir herederos (sin te -
ner herederos forzosos) dispone como
condición que los inst  tu  dos no pueden
enajenar, empe  nar ni hipotecar -
durante su vida los objetos que consun

(18) "G.I. " T. 26, Pág. 229.

tituyen la herencia; que se aprovechen de los usufructos de esos bienes mientras vivan, que cuando muran pasen los bienes a los descendientes legítimos de ellos, y que si alguno muriere sin dejar descendencia legítima, la porción que le hubiere correspondido pase a los hijos de otro de los herederos que el testador señala". (19).

La existencia de una condición susceptible de cumplirse o no, es esencial dentro de la reglamentación del Código Civil. El mismo Bello, en las anotaciones a los artículos 876 y s.s. de su último proyecto, advierte que debe distinguirse entre la sustitución fideicomisaria y el usufructo. Todas las veces que el objeto asignado implica necesariamente la necesidad de restituirlo, nos encontramos ante un usufructo, como cuando el testador asigna un inmueble a alguien para que lo usufructúe mientras viva o durante un término; para que exista fiducia se requiere que el fiduciario goce del objeto, en contrañdose sujeto a que por el advenimiento de una condición este obligado a restituirlo; condición que bien puede cumplirse, caso en el cual desaparece la propiedad fiduciaria, para convertirse en propiedad pura y simple. Expresamente lo dijo así en el artículo 801, o sea

(19) G.J.t. XXVI, pág. 230.

que las disposiciones a día "no constituyen fideicomiso " . (20).

- Objeto de la Propiedad Fiduciaria. El artículo 795 del Código Civil señala que:

" No puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia o - sobre una cuota determinada de ella, o - sobre uno o más cuerpos ciertos", es decir que el objeto del fideicomiso no son si no los bienes, las cosas del patrimonio del constituyente, que si lo impone sobre especies y cuerpos ciertos, éstos no pueden ser fungibles ya que el propietario o el tenedor fiduciarios está en la obligación de conservarlos para pasarlos, cuando se dé la condición, al fideicomisario".

4.2. CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO

Según el artículo 796 del Código Civil "los fideicomisos no puede constituirse sino por acto ante vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario.

La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el respectivo registro. De acuerdo a lo anterior la constitución del fideicomiso es solemne.

(20) VALENCIA ZEA. Arturo, Derechos reales, Tomo II. Ed. Temis.

"Según el artículo 794 del Código Civil, el fideicomiso consiste en que el dominio de un bien dado, que no puede ser - sino cualquiera de los que indica el artículo 795, esté sometido al gravamen - de pasar a otra persona en virtud del cumplimiento de una condición, es decir, de la realización de un hecho que no depende de la nueva voluntad de quien la - ha recibido sujeto a este evento, el cual tendrá carácter de resolutorio para el inmediato adquirente o fiduciario y carácter suspensivo para el adquirente mediat - to o fideicomisario."

Si, según el artículo 795, sólo puede constituirse fideicomiso sobre la totalidad de una herencia o sobre cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos tratándose de los últimos y para un caso como el que contempla en la especie de litigio, dominada por el precepto del artículo 806, no se encuentra posibilidad alguna para afectar con el fideicomiso una o más cuotas indivisas de un inmueble cierto o determinado.

Por cuanto el artículo 796 vino a disponer que los fideicomisos pueden constituirse, so sólo por acto testamentario, sino "por acto entre vivos otorgado en instrumento público" sin sujetar su establecimiento al requisito de una titularidad gratuita, se tiene que el fideicomiso como lo ha admitido la doctrina de la corte, es suceptible de constituirse en forma onerosa. (21).

(21) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil, Sentencia de Septiembre 18 de 1.968.

Tratándose de un fideicomiso a título universal, el cual se constituye por testamento, son necesarias dos asignaciones gratuitas de orden sucesivo; la que instituye heredero fiduciario (asignación ordinaria, que tiene efecto a la muerte del testador), y la que instituye al fideicomisario que es asignación condicional, dependiente de la muerte del heredero y de la coexistencia en ese momento, del fideicomisario llamado a recoger la herencia.

Cuando el fideicomiso se constituye por testamento, el fideicomisario deriva su título o causa de dominio en el fideicomiso, de la sucesión del constituyente mismo; la muerte del fiduciario es apenas una condición de la existencia de su dominio, si ella es el evento de que depende la restitución.

4.3. CARACTERISTICAS ESPECIALES

El doctor Jorge Angarita Gómez en su obra Derecho Civil Tomo II Bienes señala las siguientes:

a. Temporal. No puede durar más de treinta (30) años, contados "desde la delación de la propiedad" o de la tenencia fiduciaria "a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución". (C.C. Art. 800).

b. Gratuito u Onerosos. Desde que el fideicomiso dejó de ser considerado como institución esencialmente hereditaria, se concluyó, por varios autores, que no pugna - ba contra su esencia que pudiera constituirse a título oneroso. Ni el modo como se concibe y aprecia en la época contemporánea el fideicomiso, ni la legislación colombiana, consideran de la esencia del fideicomiso que sea siempre gratuito; luego por establecerse o pactarse en forma onerosa no puede sostenerse ni concluirse que no exista que sea inválido o ineficaz.

c. Concurrencia de Derechos. A las normas contenidas en los artículos 797, 810 y 812 del C.C. la corte les ha da do la interpretación, siguiendo la doctrina de tratadistas de que sobre unos mismos bienes pueden darse, coetáneamente, derecho de usufructo en favor de una persona y de fideicomiso en favor de otra (Arts. 797 y 865, inc 3), caso en el cual este será sobre la nuda propiedad ; asimismo, puede darse en una misma persona la concurren cia de dueño absoluto de una cuota de cuerpo cierto y de fiduciario en otra cuota.

d. Pasivo de Fiduciario. Y si el fideicomiso está en el patrimonio del fiduciario con la condición de pasar al fideicomisario, necesariamente será un pasivo en la herencia de aquél, por lo cual debe enlistarse en dicha

partida y en su activo, pues sus herederos deben restituir dicho bien (el fideicomiso) a su destinatario.

e. No nulidad de fideicomisos sucesivos. A términos del artículo 805 del C.C., que prohíbe establecer dos o más fideicomisos sucesivos, se desprende que no hay nulidad en su establecimiento, sino, todo lo contrario, validez del primer fideicomiso e ineficiencia de los subsiguientes, según el inciso segundo de dicha norma (Art. 828 del C.C.).

4.4. CALIDADES, OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL FIDUCIARIO

El fiduciario debe ser persona de la confianza del fiduciante o SETTLORS. El fiduciante deposita su confianza en personas que normalmente reúnan estas dos condiciones: honorabilidad en el desempeño de su cargo y cierta capacidad o experiencia en el manejo de negocios ajenos.

Sin embargo la fiducia anglosajona y el más moderno derecho suelen exigir algo más: la seguridad. En el derecho anglosajón los fiduciantes escogen como fiduciarios a instituciones de suficiente solvencia económica y moral. No interesa la íntima amistad que presupone nuestro Código Civil entre fiduciante y fiduciario, o los lazos de parentesco, sino la seguridad que una persona tenga de que sus encargos o fines sean cumplidos efectivamente, es decir

que su confianza no resulte defraudada. Nuestro código de comercio interpretó correctamente este aspecto al establecer en su artículo 1226 en su párrafo final que "sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizadas por la superintendencia bancaria, podrán tener la calidad de fiduciario". Lo que indica que las personas físicas ni pueden ser fiduciarios.

En cuanto a las obligaciones del fiduciario el artículo 813 del Código Civil señala que " el propietario fiduciario tiene sobre las especies que puede ser obligado a restituir, los derechos y cargas del usufructuario, con las modificaciones que en los siguientes artículos se expresa.

Tales obligaciones son: diligencias previas, conservación del bien y restitución del mismo.

a. Diligencias previas. El artículo 814 señala la obligación de prestar caución de conservación y restitución y de ello está relevado el fiduciario, salvo que el fideicomisario, los ascendientes legítimos o naturales, cuando aún no existe el primero, impetren ante el juez las providencias conservatorias que les convengan y dicha autoridad así lo ordene, con objeto de garantizar

la conservación y restitución de los bienes en fideicomiso.

b. Conservación del bien. Con respecto a esta obligación, debe estarse a las del usufructuario, especialmente en las normas de los artículos 840 y s.s. del Código Civil, y en cuanto a las expensas extraordinarias de que trata el artículo 815 del C.C. debe armonizarse éste con el 165 del C.C. así como el artículo 818 ibidem, teniendo en cuenta que, si hubo previo acuerdo con el fideicomisario, el fiduciario puede repetir el valor de las mejoras no necesarias y, en todo caso puede compensar " el aumento de valor que las mejoras hayan producido en las especies, hasta concurrencia de la indemnización que debiere" (C.C. art. 818).

Dentro de los actos administrativos que debe realizar el fiduciario está la obligación de pagar " las pensiones, cánones y, en general, las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria, así como el pago de los impuestos periódicos, fiscales y municipales " (C.C. Art. 855).

Pero, " si por la constitución del fideicomiso se concede expresamente al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, no será responsable de ningún deterioro" y el fideicomisario tendrá sólo el derecho

de reclamar lo que exista al tiempo de la restitución (C.C. Art. 819).

c. Restitución. Es la traslación de la propiedad al fideicomisario que debe hacer al fiduciario una vez se cumpla la condición (C.C. Art. 794 inc. 4) por lo cual debe entregar el bien, concretándose en aquel, el pleno derecho de dominio y naciendo coetáneamente el derecho de imputar los resarcimientos de daños y perjuicios por "los menoscados y deterioros que provengan por culpa del fiduciario" (C.C. Art. 817 inc. 2), bien sea por acción o por omisión de este (C.C. Art. 861), salvo cuando "en la constitución del fideicomiso se concede expresamente al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio" (C.C. Art. 819 inc. 1).

Derechos del Fiduciario. Relacionando los artículos 810 a 820 del C.C. se desprenden los siguientes:

a. Facultad de Enajenar. Del derecho de transferir o enajenar la propiedad fiduciaria o de transmitirla por causa de muerte salvo que el constituyente se lo prohíba (C.C. art. 819), habla el Art. 810 del C.C., pero en uno y otro caso subsistirá la indivisión del bien y su gravamen acerca de la restitución o entrega al fideicomisario.

b. Derecho a los frutos. Ordena el artículo 813 del Código Civil que, con las modificaciones de que tratan los artículos 814 y 815 ibidem (relevo de caución, reconocimiento de ciertos gastos), el fiduciario tiene los mismos derechos del usufructuario (C.C. Arts. 840 y s.s.), excepto disposición expresa del constituyente que ordene que los frutos hayan de pasar a quien adquiriera la propiedad absoluta, caso en el cual no será propietario fiduciario sino simple tenedor fiduciario (Código Civil - Art. 808) que, como se anotó antes tendrá las facultades de los curadores de bienes.

c. Gravámenes. Referente a la imposición de gravámenes, el fiduciario tiene las facultades y las obligaciones de un guardador (Art. 483), a término del artículo 816 del C.C., y en caso de que no llenen los requisitos de la respectiva autorización judicial y audiencia del fideicomisario o de los ascendientes de éste, si su existencia se espera, serán de su cargo exclusivo dichos gravámenes, o sea que no podrá oponerlos al fideicomisario (C.C. Art. 483).

d. Administración. Obviamente, si tiene la propiedad, limitada pero enajenable, debe gozar de la facultad de administrarla y aún de la de mudar su forma (C.C. Art. 817).

e. Retención. Si el artículo 859 del C.C. concede al usufructuario el derecho real de retención para obtener los reembolsos e indemnizaciones, el fiduciario también goza de dicho derecho, en virtud de que se lo concede el ya citado artículo 813 del C.C.

4.5. DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

Son dos principalmente. Si " el fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso sino la simple expectativa de adquirirlo", el mismo artículo 820 del C.C. le concede el derecho a él, lo mismo que a sus ascendientes en caso de que tal derecho no exista aún, para impetrar medidas cautelares sobre el bien, objeto del fideicomiso y, no estará obligado a reconocer el valor de los gravámenes que se hayan impuesto sobre el fideicomiso, sino ha sido oído antes de la imposición de tales gravámenes (C.C. Art. 816).

Y lógicamente, tienen el derecho, una vez cumpla la condición de exigir la entrega del fideicomiso, siempre que se cumpla en dicho tiempo.

4.6. EXTINCION DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso se extingue según el artículo 822 del CC.

en estos casos:

- a. Por la traslación de la propiedad del fiduciario al fi
deicomisario.
- b. Porque el derecho de propiedad de quien constituyó el
fideicomiso, se resuelva o termina, por cualquier causa,
como la del pacto de retroventa (C.C. Art. 1939), que ci-
ta el mismo artículo.
- c. Por la destrucción completa del bien objeto del fidei-
comiso (C.C. Art. 866).
- d. Por renuncia de todos los fideicomisarios, si son susti-
tutos o conjuntos, o si es único, pues de lo contrario pa-
sará a los otros sustituyentes o acrecerá la de los con-
juntos.
- e. Por no cumplirse la condición en tiempo hábil. Si fal-
ta la condición, no existe el fideicomiso (C.C. Arts. 799
y 801).
- f. Por reunirse en una misma persona la calidad de fidu-
ciario y de fideicomisario, o sea, por confusión (C.C.
Art..1724).

5. LA FIDUCIA COMERCIAL

5.1. DEFINICION

El Código de Comercio en su artículo 1226 nos presenta la siguiente definición:

"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 fidecomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Según esta concepción se tiene igual que el Código Civil, que existe un elemento de orden sicológico cual es la confianza que una persona tenga en la honorabilidad y lealtad de otra. La fiducia del C. de Co. igual que el TRUST Anglosajón se hace también una transmisión de uno o va -

rios bienes, pero tal transmisión persigue ante todo una correcta administración o enajenación de los bienes y la percepción de los frutos o de las sumas de dinero para realizar ciertos y concretos fines.

5.2. CARACTERISTICAS Y NATURALEZA DE LA FIDUCIA

La fiducia de nacimiento a una propiedad formal en cabeza del fiduciario y por ello los bienes así afectados no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario (Art. 1227 del C. de Co.), y deben figurar en su contabilidad como bienes distintos de los propios (Numeral 2o. Art. 1234, 1236 del C. de Co.). En cuanto al constituyente es claro que los bienes fideicomitidos salen de su patrimonio y por ello no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución (Art. 1238 del C. de Co.) ni pueden ser susceptibles de su libre disposición (Numeral 4o. art. 1234, 1236 del C. de Co.). El beneficiario tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten (Art. 1238 del C. de Co.). En síntesis, el derecho de propiedad presenta una escisión: la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario (propiedad beneficiosa). Esta característica es bastante extraña a nuestra tradición jurídica pero ya ha

sido recogido positivamente y debe estudiarse mirando el instituto del TRUST anglosajón, fuente importante de nuestro sistema fiduciario. La fiducia es un negocio jurídico típico bien distinto del mandato y por ello el fiduciario obra en nombre propio comprometiendo los bienes afectados sin que sus actos se puedan entender como realizados por cuenta de otro. Así la expresión "por cuenta de otro" no tiene asidero en la gestión fiduciaria porque ésta no implica un fenómeno representativo y está bien alejada de figuras como la estipulación para otros, la estipulación por otros, la gestión de negocios y el mandato (Superintendencia bancaria, oficio 05-479 de Septiembre 25 del 73).

5.3. CONSTITUCION

El Artículo 1228 del C. de Co. dice que :

"La fiducia constituída entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constitución - MORTIS CAUSA, deberá hacerlo por - testamento."

Como se observa, esta norma (Art. 1228) contiene la expresión " según la naturaleza de los bienes", con la cual se significa que la exigencia de la escritura pública para los actos entre vivos se refiere exclusiva-

mente al evento en que los bienes constitutivos de la fiducia tengan la calidad de inmuebles.

En tales condiciones debe concluirse que el C. de Co. (D.L. 410 de 1971) aclaró o complementó el artículo 109 de la ley 45 de 1923 en cuanto a la exigencia de la aludida formalidad de la estructura pública para los casos de fiducia sobre inmuebles.

De igual modo es preciso concluir que, a término del transcrito artículo 1226 del C. de Co., la fiducia constituida sobre muebles no requiere la solemnidad de la escritura pública, pudiendo constituirse mediante documento privado". (Consejo de Estado, Sección 4a. SENT, de Abril 30 de 1982).

La constitución del fideicomiso no puede durar más de veinte (20) años. Se exceptúan los fideicomisos constituidos en favor de incapaces y entidades de beneficencia pública o utilidad común (C. de Co. Art. 1230 inc. 3o.). Además, se prohíben los fideicomisos perpetuos y los secretos (C. de Co. Art. 1230).

El Artículo 1226 del nuevo Código de Comercio estatuye que pueden ser objeto de fiducias "uno o más bienes especificados". La palabra bienes comprende cualquier dere-

cho patrimonial. En primer lugar, el derecho de propiedad que recae sobre cosas muebles o inmuebles; puede ser la propiedad unitaria, o la propiedad indivisa, o la horizontal. En segundo lugar cualquier otro derecho real, como el usufructo, excepción hecha de los de uso o habitación. En tercer lugar toda clase de créditos; tanto los nominativos como los negociables. En cuarto lugar la herencias, los gananciales del viudo o viuda. En este caso, exige el nuevo código de comercio que los bienes deban especificarse, es decir inventariarse. En quinto lugar el interés social de los socios en sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comanditas o colectivas. En sexto lugar, un determinado patrimonio puede ser objeto de fideicomiso, o sea un conjunto de derechos patrimoniales de distinta clase: propiedades, créditos, derecho a suscribir acciones, etc., con la condición de que todos los bienes se inventarién debidamente. (22)

5.4. CLASIFICACION

Según nuestro Código de Comercio existen dos clases de negocio fiduciario:

a. Por acto entre vivos.

_____ (22)

b. Por testamento.

Esta clasificación atiende más a la forma como se constituye ya que el desarrollo es el mismo. Cuando la fiducia se constituye por testamento ha de hacerse sobre la totalidad de la herencia o sobre una cuota determinada de ella o sobre uno o más cuerpos ciertos. Mientras el negocio fiduciario por acto entre vivos siempre deberán especificarse los bienes sobre los cuales recae.

5.5. OTRAS CLASIFICACIONES

Otra clasificación que podemos resaltar es la siguiente:

a. Negocio fiduciario oneroso.

b. Negocio fiduciario gratuito.

Oneroso: Es decir se debe una remuneración. Esta clase de fideicomiso es la que se debe constituir en materia mercantil. El artículo 1237 del Código de Comercio dice:

"Todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia Bancaria. Para este efecto la Superintendencia expidió la resolu -

ción 214 de 1975 que en su artículo 1237 señala: en desarrollo por el artículo 1237 del Código de Comercio, la Superintendencia Bancaria señalará las tarifas que al efecto podrán cobrar las sociedades fiduciarias en los negocios que realice, para lo cual tendrán en cuenta factores tales como la clase del fideicomiso, cuantía y duración del mismo y demás que considere pertinente para tal fin.

Gratuito. Por exclusión, es aquella en la cual no se pacta remuneración de ninguna clase. Este sería el que operaría en el régimen civil, por el hecho de no haber distinguido el legislador. Por lo tanto, en materia civil el fideicomiso podrá ser gratuito u oneroso, lo que no ocurre en el derecho mercantil que excluye la gratuidad.

De acuerdo a la clase de negocios que hacen efectivamente las sociedades fiduciarias más representativas del mercado tenemos:

5.5.1. Fideicomisos Inmobiliarios. La experiencia de este fideicomiso es amplia y revela las siguientes características generales:

a. No han sido totalmente satisfactorias para las fiduciarias aquellas experiencias en que han asumido o han tenido que asumir la construcción.

b. Una conquista de la presencia de las fiduciarias en el negocio inmobiliario es la introducción de "la venta de inmuebles sobre planos", contra todas las reservas y preocupaciones de las asesorías jurídicas, fuera de que el sistema ha facilitado el pago de las cuotas iniciales, con su distribución en la primera etapa del respectivo programa de construcción.

c. El fideicomiso inmobiliario ha tropezado con alguna confusión respecto a las actividades de las sociedades fiduciarias, que sin ser constructoras se las trata como tales para los efectos de la vigilancia estatal, pues la misma Superintendencia Bancaria insiste en controlar estos negocios por la división de vivienda... además del control que ejerce por la división de bancos. Dentro de la idea tradicional, según la cual más vale plegarse a un requisito insensato o excesivo del órgano controlar que discutir sus imposiciones, muchas fiduciarias se han allanado al diligenciamiento de inscripciones, registros y a la tramitación de permisos exclusivos de los constructores, sin serlo, en los casos observados.

d. Finalmente, la actividad de las fiduciarias en el fideicomiso inmobiliario parece evolucionar hacia la administración de recursos, la coordinación general y el cubrimiento de las deficiencias transitorias en la tesore-

ría del proyecto, encauzando recursos de cortísimo plazo para reducir o controlar los costos financieros.

5.5.2. Fideicomiso de Inversión. El fideicomiso de inversión es el manejo de dinero del fiduciante para aplicarlo a los fines predeterminados, ya que si se tratara de la simple captación de dinero, con destinación libre y con una garantía de rendimiento, lo que tendríamos sería una típica operación de otro ente financiero, no de una sociedad fiduciaria.

Sin embargo, el dato inicial es equívoco porque tiene la apariencia de una operación de captación - recibirle dinero al público, razón por la cual la Superintendencia Bancaria no deja de manifestar sus preocupaciones y de anunciar una reglamentación que, estamos seguros, no podrá decir más de lo que ya es una conclusión de la fiduciaria y de lo que es la actual configuración de este fideicomiso en la práctica. En efecto se observa lo siguiente:

a. En el comienzo la operación fue una simple captación de dinero con inversión libre y con la garantía de rendimiento, experiencia igual a la mejicana - sólo que ellos la vivieron hace 40 años, lo que dió por resultado que nuestras fiduciarias acabarían manejando tantos procesos

ejecutivos como el más improvidente banco comercial y que tuvieran que formar filas con los ávidos inversionistas de las primeras entidades financieras intervenidas. Hoy, con satisfacción para todos y tranquilidad de los usuarios de los servicios fiduciarios y de la Superintendencia Bancaria podemos declarar que esos riesgos están superados.

b. Al contrario de lo que a veces se cree, este fideicomiso no está prohibido, como tampoco reglamentado. La observación de la realidad nos mostró una franca evolución hacia el abandono de la garantía de rendimiento y el desplazamiento hacia fines distintos de la inversión libre del dinero, como la compra de muebles o inmuebles, por ejemplo. En efecto, una característica notable del fideicomiso inmobiliario es que Los compradores de las futuras unidades inmobiliaria se vinculan con un típico fideicomiso de inversión específica: la compra de unos inmuebles determinados o al menos determinables sobre planos.

c. Los usurarios del sistema financiero institucional que daríamos más tranquilos si ciertos excedentes que tienen destinaciones específicas como los de las "bonanzas", por ejemplo se manejarán por el fideicomiso de inversión,

5.5.3. Fideicomiso de Administración. Cuando se trata de manejar bienes y destinar sus productos a un fin o persona determinados, la transferencia de bienes puede resultar excesiva, razón por la cual en esos casos, la solución es el fideicomiso de administración, con la tenencia precaria de los bienes, sin que riña, obviamente, con este fideicomiso la traslación de dichos bienes a la sociedad fiduciaria.

El fideicomiso de administración es un género divisible en tantas especies cuanto fines o clases de bienes comprenda cada caso concreto. Por eso se oirá hablar de administración de valores, de bienes muebles o inmuebles, de fondos con destinación a la agricultura, de activos de una empresa en concordato, de bienes con destinación familiar, de administración de contratos y en fin de otras especies que harían esta lista interminable.

Hasta el Código de Comercio de 1.971 sólo se tenía la experiencia de sociedades profesionales en la administración de inmuebles, razón por la cual el merito de las fiduciarias, en el fideicomiso de administración, ha sido poder ofrecer un esquema aplicable a la administración de cualquier bien por particular o especial que sea. Atentos a estas posibilidades, los casos concretos observados son heterogéneos y entre ellos vale la pena desta-

car los siguientes:

a. La administración de recursos capatados por los fondos de empleados con el fin de otorgar préstamos para vivienda.

b. La administración y venta de muebles e inmuebles recibidos por otras entidades (las fiduciantes) a título de daciones en pago. Ha sido tan agudo el problema creado por la explosión de procesos ejecutivos que, si bien las daciones en pago se convirtieron en fórmula de estilo para terminar dichos procesos, precaver los remates judiciales o para hacer transacciones prejudiciales, ello mismo obligó a los bancos y a ciertas corporaciones a improvisar departamento de comercialización y al gobierno a dictar una resolución de la junta monetaria para destinar cupos de créditos con el fin de que los bancos que por esa vía empezaban a parecerse a los almacenes generales de depósitos, pudieran vender lo que habían recibido a título de daciones en pago. Al lado de lo anterior, finalmente se llegó a lo obvio y muchas entidades financieras encargaron esas gestiones a las sociedades fiduciarias, con evidentes ventajas desde todo punto de vista.

c. La administración de bienes de toda clase como resultado de acuerdos concordatarios. Cuando se plantean las

fórmulas concordatarias casi siempre hay que remover una administración, controlar una gestión, hacer ventas parciales de activos, y en todos esos casos la práctica demuestra las bondades de la presencia de una sociedad fiduciaria en un ambiente en el que los interesados acreedores han perdido la confianza en sus antiguos clientes. En estos casos, mejor que en otros, el deudor y los acreedores compran un poco de confianza y recuperan la tranquilidad perdida en el trámite concursal.

d. Fiducias para la administración de contratos. Una regla de oro del derecho de las obligaciones es que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe. La experiencia nos enseña que más difícil que interpretar la norma jurídica puede ser interpretar entendiéndose ejecutar, cumplir, aplicar ciertos contratos redactados directamente por los clientes o en forma unilateral o excesiva por los asesores, de cualquier clase, la práctica fiduciaria demuestra la conveniencia de que ciertos contratos de tracto sucesivo, de resultados periódicos, de obras, de suministros, sean ejecutados con una supervisión o control fiduciario, sacando del dominio de las partes las susceptibilidades y las pequeñas o grandes discusiones alrededor de la fase ejecutiva de los contratos y precaviendo el ejercicio abusivo del poder contractual. La intervención de las fiduciarias en estos casos es un

excelente medio para recu~~er~~ar para la parte no dominante, el equilibrio del poder contractual.

Muy interesantes pueden resultar los planes de una fiduciaria que próximamente destinará parte de su actividad al manejo de ciertos contratos administrativos. La gestión fiduciaria en este caso incluirá el manejo del dinero, la calidad y, en fin el cumplimiento cabal del contrato o la certificación o declaratoria de incumplimiento sobre bases ciertas, profesionales libres de influjos afectivos y políticos... hasta donde ello sea posible.

e. Fideicomiso para la administración de donaciones. Inesperadamente han vuelto a ponerse de moda las donaciones y con gran preocupación con motivo de la tragedia reciente, no deja uno de pensar si buena parte de nuestra suerte ha quedado librada a la generosidad de los donantes y si alguna parte de los programas de cualquier gobierno apela tácitamente a lo que se recaude por la vía de las donaciones, especialmente en situaciones de emergencia. En fin, sea lo que fuere, nos parece que tenía mucho sentido práctico el esfuerzo que hizo una fiduciaria para diseñar un fideicomiso encaminado a darle a los donantes la tranquilidad sobre el buen destino de sus donaciones y a los donatarios la certeza y seguridad de su aplicación y de su administración lucrativa, tomando en consideración que

hay una serie de recursos internacionales que a veces no pueden ser debidamente orientados a las entidades de carácter social, asistencial, educativas o científicas que los requieren porque su estructura o administración no les merecen confianza a los donantes.

5.5.4. Fideicomiso de Garantía. Este es el fideicomiso más debatido, más estudiado, más codiciado... y al menos ejecutado. El conocimiento que hoy se tiene sobre este negocio es inversamente proporcional a su necesidad y su viabilidad son verdades incuestionables que nos ofrece la realidad.

El fideicomiso de garantía es el que constituye un deu - dor sobre determinados bienes o derechos de su propiedad, para garantizar a su acreedor el pago oportuno de un cré dito o el cumplimiento de una obligación.

En este tipo de contratos, el deudor ideicomitente trans mite al fiduciario en fideicomiso irrevocable los bienes o derechos que servirán para garantizar su adeudo, estableciendo como fín que en el momento en que el acreedor fideicomisario demuestre al fiduciario que la obligación no ha sido cumplida demostración que podrá hacer ya sea mediante la exhibición del título de crédito vencido o por cualquier otro medio que haya sido previsto en el

contrato, el fiduciario deberá proceder a ejecutar la venta de los bienes o derechos fideicomitidos mediante el procedimiento que también se haya previsto y con el producto que se obtenga, hecha deducción de los gastos hará al acreedor del crédito garantizado y si hubiera algún sobrante lo entregará al fideicomitente.

5.6. LAS PARTES EN LA FIDUCIA

Se ha dicho en otra oportunidad que la fiducia puede surgir como acto unilateral, entre vivos o mortis causa, o mediante contrato, el cual puede tener los visos de uno plurilateral. Se anotó también que la ley contiene una regulación supletiva que ha de aplicarse para el caso de que el documento nada dijo al respecto. Lo básico de ella es la protección de los derechos del tercero beneficiario a través, incluso, de una adecuada delimitación de los deberes del fiduciario. Es que hablando en sentido amplio, la fiducia es una rama de estipulación en favor de un tercero. Por ello en la fiducia deben distinguirse claramente tres partes. Ellas son el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.

5.6.1. El Fideicomitente. El artículo 1226 del C. de Co. lo llama también fiduciante. Es la persona que mediante una declaración de voluntad exteriorizada en la forma

prevista por la ley, transfiere uno o más bienes al fidu
ciario para que los administre y maneje para cumplir cier
tas finalidades en beneficio de un tercero o de él mismo.
 El fideicomitente necesita ser persona capaz de emitir
 una declaración válida de voluntad de acuerdo con las
 disposiciones generales del C.C. Debe igualmente, tener
 capacidad dispositiva sobre los bienes que van a consti-
 tuir el fondo de la fiducia, pues lo característico de
 la institución como se ha dejado dicho, es que a través
 de ella el fideicomitente transfiere la propiedad de los
 mismos al fiduciario. La legislación colombiana no dice
 nada al respecto por ser ello materia regulada en el Có-
 digo Civil. En cambio la legislación Mexicana expresa -
 mente manifiesta que debe tener capacidad necesaria para
 hacer la afectación de bienes que el fideicomiso impli -
 ca.

Fideicomitente puede ser una persona individual o colec-
 tiva, privada o pública. Pueden existir varios fideico-
 mitentes simultáneos, bien sea, copropietarios de los bie-
 nes que van a contituir en fiducia o porque aporte varios
 bienes de los cuales son propietarios independientes, con
 el fin de formar un fondo común, dígase para un propósito
 de beneficencia.

Como ya lo señalamos el fideicomitente no puede ser simul

táneamente fiduciario pero, en cambio, sí puede ser a la vez fideicomisario o beneficiario. El Art. 1226 del C. de Co. admite expresamente esta situación cuando dice que una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

5.6.2. El Fiduciario. Es la persona a quien se transfiere la propiedad de los bienes que van a constituir el fondo de la fiducia y que él tiene el deber de administrar y manejar de acuerdo con los términos del documento creador y/o de la ley. Se dijo que en Colombia sólo pueden ser fiduciarios las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria.

Muy a pesar de que sólo pueden ser fiduciarios las sociedades anteriormente señaladas, en Colombia existen muy pocas instituciones diferentes a los bancos, organizadas especialmente para ejercer esta actividad. La razón obvia es la ninguna divulgación que hasta la fecha ha tenido la institución. Incluso los bancos, autorizados por la ley 45 de 1923 para desempeñar encargos de confianza, entre los cuales están, el ser agente fiscal o de transferencia de cualquier corporación, apoderado, agente oficioso, síndico, curador de bienes, depositario, albacea, corredor de seguros y fiduciario (en la ley se habla de fideicomisario en forma errónea), nunca ejecutaron la

facultad que se les concedía de ser fiduciarios y simplemente han hecho a través de la sección fiduciaria encargos propios de una relación de mandatos.

La adaptación de la fiducia en el derecho colombiano como en el angloamericano parece ser facultativa para el fiduciario. Es decir, no existe obligación de aceptar el encargo, como sí existe por ejemplo en la ley hondureña. No se previó nada en forma expresa para los casos en que el fiduciario no acepte el encargo o renuncie o sea promovido y nada se ha previsto en dicho documento con respecto a su substitución. Aparentemente el artículo 1238 del C. de Co. suministra una solución aplicable o extensiva a todos los casos citados, pues allí se prevee la posibilidad de que el fiduciario sea removido, entre otras cosas, por incapacidad o inhabilidad o por incompatibilidad de intereses o por dolo o negligencia o descuido en sus funciones o cuando incumpla otros deberes a él impuestos, y su sustituto nombrado por el juez. De suerte que la fiducia puede perfectamente continuar con otro fiduciario.

El fiduciario tiene que ser una persona capaz no sólo de adquirir bienes sino de disponer de ellos, a diferencia por ejemplo, de lo que ocurre en materia de mandato representativo en donde no necesita serlo. En el derecho

comercial colombiano cualquier discusión sobre la capacidad del fiduciario carece de importancia práctica pues en la medida en que sólo pueden ser fiduciarios las personas debidamente autorizadas por la ley, las cuales tienen que ser personas jurídicas colectivas, su capacidad está determinada por el contrato social el cual, a su vez, enmarca el objeto social. Si adicionalmente se agrega que a estas organizaciones las vigila la Superintendencia Bancaria, entidad que debe autorizarlas para ejercer su objeto social, se comprenderá que este organismo no las dejará funcionar si no está claramente determinado el objeto de la sociedad lo cual, a su vez, va a evitar futuras discusiones sobre el tema.

5.6.3. El Fideicomisario. El fideicomisario o beneficiario, es la persona que ha de recibir los beneficios que producen los bienes e incluso los bienes mismos al término de la fiducia.

Fideicomisario puede ser cualquier persona jurídica individual o colectiva capaz de adquirir derechos aunque no lo sea para administrarlos por sí misma, dígase, incapaz de expresar una declaración válida de voluntad. Así lo admite el numeral tercero del artículo 1230 del Código de Comercio. Igualmente puede serlo una persona que todavía no exista al momento de la constitución de la

fiducia, según lo acepta el artículo 1229 Ib., pero cuya existencia debe ser posible y realizarse dentro del término de aquella, de modo que sus fines pueda tener pleno efecto. A propósito de esta posibilidad, recuérdese que el artículo 1240 en su numeral 5o., hace terminar la fiducia por no cumplirse la condición suspensiva de cuyo acaecimiento dependa la existencia de ella lo cual, si se refiere y aplica a la futura existencia del fideicomisario (condición suspensiva), constituye una deficiente redacción técnica pues según el último artículo, del cumplimiento de la condición depende la existencia de la fiducia, en tanto según el primero de ellos, del cumplimiento de la condición depende el que sus fines puedan tener plenos efectos.

Se ha dicho que el nombramiento del fideicomisario es un elemento de existencia de la fiducia. Pero si él no acepta los beneficios, la institución carece de sentido. De ahí que se requiera un acto de declaración de voluntad del beneficiario aceptando los beneficios.

5.7. TERMINACION DE LA FIDUCIA

El artículo 1240 del Código de Comercio enuncia las causas de terminación de la fiducia, las cuales deben complementarse con las señaladas en el artículo 822 del C.

C. como causales de terminación del fideicomiso civil aun que algunas de las en él señaladas o son repetidas o es -
tán limitadas o simplemente son inaplicables.

a. En primer lugar termina la fiducia, por no haberse realizado plenamente sus fines. La razón es obvia, una vez cumplido el fin de la figura, no tiene razón de ser su continuación.

La terminación puede pedirla la persona a quien han de volver los bienes, que por supuesto, si el fiduciario sabe del cumplimiento de la finalidad, es su deber manifestarlo.

b. Por imposibilidad de realizar los fines para los cuales se constituyó el negocio fiduciario. Por ejemplo, una fiducia pública constituida para promover la creación de bibliotecas públicas debe terminar si algún gobierno prohibe dichas instituciones.

c. Por la expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley. Se dijo que la fiducia sólo puede constituirse por un plazo máximo de 20 años. Dentro de ese máximo puede fijarse uno inferior de duración.

d. Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido el negocio.

e. Por no hacerse imposible o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia. Nótese la impropiedad del lenguaje aquí utilizado pues no puede terminar una fiducia que nunca tuvo existencia.

f. Por la muerte del fiduciante o del beneficiario cuando tal hecho se ha señalado en el acto constitutivo como causal de extinción.

g. Por disolución de la entidad fiduciaria. Como los entes fiduciarios son bancos o entidades autorizadas por la Superintendencia Bancaria, las cuales son personas jurídicas colectivas organizadas según la forma establecida por la ley 45 de 1923 y como toda persona jurídica de éstas debe tener un término de vida, cuando se extinga su plazo de duración no puede seguir ejerciendo su objeto social y todos sus negocios tienen que liquidarse.

h. Por acción de los acreedores del fideicomitente anteriores al negocio fiduciario. El artículo 1238 le dá a los terceros acreedores del fiduciante la posibilidad de impugnar el acto creador de la fiducia.

i. Por la declaratoria de nulidad del acto constitutivo.

Recuérdese que de conformidad con el Art. 899 del C. de Co. el negocio jurídico es nulo cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; cuando tenga causa u objeto ilícito y cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

j. Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario.

Esta posibilidad se presenta independientemente de que el fideicomisario se le considere parte del contrato, cuando la fiducia ha surgido a consecuencia de este negocio.

PARANGON Y CONCLUSION

La fiducia mercantil tal como la llama el Código de Comercio, y el fideicomiso del Código Civil son dos instituciones completamente diferentes, aunque el análisis científico del derecho comercial no se puede hacer impunemente sin partir en alguna manera de la formulación del derecho civil así sea para aclarar que se trata de dos cosas distintas. Si se repasan las actas de las comisiones revisoras del Código de Comercio colombiano de 1958 y 1968, se encuentra que en ambas se hicieron frecuentes referencias a la propiedad fiduciaria del Código Civil. El actual Código de Comercio colombiano al referirse a las causas de extinción de la fiducia mercantil anota que, además de las previstas por el Código Civil para el fideicomiso, serán causas de extinción de la fiducia mercantil las contempladas en el artículo 1240.

Valencia Zea en su obra Derechos Reales Tomo II, señala: podemos ya emitir una apreciación general entre los fines del fideicomiso o fiducia de nuestro Código Civil y la nueva reglamentación del Código de Comercio. La del

Código Civil sólo sirve para resolver situaciones relativamente pobres en relación con las necesidades de nuestro comercio; transmitir bienes a una persona bajo condición resolutoria. La del Código de Comercio no está sometida a condición alguna; los bienes se transmiten a otros para que se cumplan ciertos fines.

Pero no podemos señalar con el criterio de algunos que la institución del Código de Comercio haya derogado la propiedad fiduciaria civil que, dicho al paso, bien puede ser utilizada por los comerciantes, ya que la vigencia de una institución civil no depende ni de la moda ni del factor cuantitativo. La función de muchas instituciones civiles es permanecer dentro del derecho positivo constituyendo un repertorio de fórmulas utilizables esporádicamente, en tranquila convivencia con otras instituciones de mayor trámite y de mayor utilidad.

El meollo de la institución comercial es una transferencia de bienes particulares por parte del constituyente de la fiducia (fiduciante), a una institución fiduciaria. Y al contrario de la propiedad fiduciaria del Código Civil, el fiduciario no tiene la expectativa ni posibilidad alguna de hacerse dueño del bien fideicomitivo, lo que si ocurre en el derecho civil, si no se cumple la condición resolutoria de la propiedad fidu -

ciaría.

En la fiducia mercantil el fiduciario no tiene la propiedad para sí, en su provecho, sino que la debe destinar al beneficio del fideicomisario. Esto revela otra diferencia con la propiedad fiduciaria del Código Civil, pues según la perspectiva de éste, mientras se cumple la condición el propietario fiduciario es dueño del bien y de todos sus frutos, tanto que puede disponer por negocio jurídico o por testamento, del bien fideicomitido. En la fiducia mercantil todo esto se prohíbe expresamente.

En relación con los bienes fideicomitidos, muchos comentaristas añoran la claridad y la precisión con que el Código Civil define el asunto cuando establece quien es el dueño de los bienes materia de la propiedad fiduciaria. Pero la claridad conceptual del Código Civil no ha servido ni servirá para desarrollar la propiedad fiduciaria prevista en el estatuto comercial, y ésta puede ser una excelente prueba de la esterilidad de ciertas leyes perfectas.

En cuanto al fiduciario la concepción civilista enseña que debe ser persona de la absoluta confianza del fiduciante. El fiduciante deposita su confianza en personas que normalmente reúnan estas dos condiciones: honorabilidad en el desempeño de su cargo y cierta capa -

ciudad o habilidad (experiencia) en el manejo de negocios ajenos.

La concepción comercialista y el derecho moderno exigen algo más seguridad. Ordena el Código de Comercio que no pueden ser fiduciarios las personas naturales para preservar la estabilidad de la institución y la formación de empresas especializadas en esta clase de negocios. Por ello, sólo pueden ser fiduciarios los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria.

En líneas generales, el Código de Comercio trata de adaptar al derecho colombiano las reglas de TRUST del derecho anglosajón. Esta institución es más fecunda, amplia y flexible que la reglamentada por el derecho romano y por el Código Civil. En verdad debe estimarse que el fideicomiso romano y el recogido por nuestro Código Civil han perdido gran parte de su eficacia dentro del derecho actual.

Pero debemos resaltar las diferencias más importantes entre la nueva institución fideicomitiva a que se refiere el artículo 1226 del código de comercio y el de nuestro Código Civil. En verdad, en ambas concepciones existe un elemento común de orden sicológico; el cual es la con

fianza. Pero la gran diferencia entre las dos instituciones se encuentra en los fines que es posible realizar con la vieja y la nueva concepción. En el Código de Comercio se hace también una transmisión de uno o varios bienes, pero tal transmisión persigue ante todo una correcta administración o enajenación de los bienes y la percepción de los frutos o de las sumas de dinero para realizar ciertos y concretos fines. La fiducia comercial, mira más al destino que es necesario dar a los frutos o al producto de la enajenación de los bienes fideicomisados.

BIBLIOGRAFIA

- NGARITA GOMEZ, Jorge. Derecho Civil, Bienes, Tomo II.
Ed. Temis.
- ORTE SUREMA DE JUSTICIA. Sala de casacion civil, Sen -
tencia de Agosto 17 de 1.944.
- ORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil, Sen -
tencia de Septiembre 18 de 1.968.
- HAVEZ, Isaías. La Fiducia o fideicomiso en el derecho
colombiano, Revista de derecho económico, Año II
Núm. 2.
- UGENE PETIT. Ob. Cit. Núm. 653.
- G.J." T. 26. Pág. 229.
- GLESIAS, Juan. Derecho Romano. Pág. 674.
- ←ORRIS ORDÓÑEZ, Francisco, Cuaderno 10, FELABAN.
- EÑA CASTRILLON, Gilberto. La Fiducia en Colombia,
Monografía Jurídica, Editorial Temis.
- ←UIG, Luis, El Heredero fiduciario, Pág. 23.
- ←ENGIFO, Ramiro, La fiducia, Pág. 38.
- ENGIFO, Ramiro, La Fiducia, Legislación Nacional y De-
recho Comparado.
- DRIGÜEZ AZUERO, Sergio. El Fideicomiso en Colombia,
Cuaderno 11, FELABAN.
- LENCIA ZEA, Arturo, Derechos reales, Tomo II, Ed. Te-
mis.