

T
346.3
M564



FIDUCIA MERCANTIL

SCIB
00019070

MIRIAM MERLANO OLIVER.

45740



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA, MAYO 1.984.

FIDUCIA MERCANTIL

MIRIAM MERLANO OLIVER

Trabajo de grado presentado
como requisito para optar el
título de Abogado.



PRESIDENTE:

HECTOR HERNANDEZ AYAZO.

45509

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

, MAYO 1.984

FIDUCIA MERCANTIL

RECTOR	LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL.
SECRETARIO GENERAL	CARLOS MENDIVIL CIODARO.
DECANO	FABIO MORON DIAZ.
SECRETARIO ACADEMICO	PEDRO MACIA HERNANDEZ.
PRESIDENTE DE TESIS	HECTOR HERNANDEZ AYAZO.
EXAMINADORES:	MIGUEL RAAD HERNANDEZ.
	EDUARDO PIÑERES VERGARA.



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA, 1.984.

ARTICULO 83

Reglamento de la Facultad

La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en la tesis de grado.

Tales opiniones deben considerarse propias de su autor.

NOTA DE ACEPTACION.

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO.

JURADO.

CARTAGENA,

A MIS PADRES.

A MI ESOSO.

A MIS HIJOS.

CONTENIDO

INTRODUCCION	1
I. EVOLUCION HISTORICA DEL FIDEICOMISO	2
A. FIDEICOMISO EN ROMA	2
A.1 Fideicommissum	3
A.2 Pactos de Fiducia sobre bienes - Pactum Fiduciae	6
A.2.1 Fiducia Cum Amico	7
A.2.2 Fiducia Cum Creditore	7
B. FIDUCIA EN EL DERECHO ANGLOSAJON - EL TRUST	9
C. FIDEICOMISO EN MEXICO	16
II. DISTINCION ENTRE VARIAS FIGURAS	23
A. PROPIEDAD FIDUCIARIA	23
A.1 En el Código Civil Colombiano	25
A.2 Definición	26
A.3 Característica	27
A.4 Elementos	29
A.4.1 La Condición	30
A.4.2 Bienes Objeto de la Propiedad Fiduciaria	32
A.4.3 Elemento Personal	34
B. NEGOCIO FIDUCIARIO	39

B.1 Conce: y Definición	39
B.2 Elementos	42
B.2.1 Real	42
B.2.2 Personal u obligacional	43
B.2.3 Relaciones	44
B.3 Ubicación	45
B.3.1 Causal o Abstracto	46
B.3.2 Indirecto	48
B.3.3 Simulado	49
B.3.4 Interposición de Personas	51
B.4 Razón de ser	52
C. EL TRUST	54
C.1 Concepto y Definición	54
C.2 Elementos	56
C.2.1 Personales	56
C.2.1.2 Trustee	56
C.2.1.3 Cestui que Trust o Beneficiario	60
C.2.2 Patrimoniales	61
C.3 Clases	63
C.3.1 Voluntario	64
C.3.2 Por Ministerio de la ley	64
C.3.3 Simple o especial	65
C.3.4 Público o Privado	65
C.4 Relaciones entre el Trust y el Negocio Fidu cia.	65
III. AS GENERALES DE LA FIDUCIA MERCANTIL	67

- A. NOCION 67
 - A.1 Etimología 67
 - A.2 Algunas definiciones dadas 67
 - A.3 Definición del proyecto de Código de Comercio de 1958 69
 - A.4 Definición del Código de Comercio 70
- B. NATURALEZA JURIDICA 72
 - B.1 Principales Teorías 72
 - B.1.1 Teoría del Patrimonio fin o de afectación 73
 - B.1.2 Teoría del desdoblamiento de la Propiedad 74
 - B.2 La Fiducia, un Negocio Jurídico 76
- C. ELEMENTOS DE LA FIDUCIA MERCANTIL 78
 - C.1 Elemento subjetivo o personal 78
 - C.1.1 Fideicomitente, Constituyente o Fiduciante 79
 - C.1.1.1 Requisitos 79
 - C.1.1.2 Derechos 82
 - C.1.1.3 Obligaciones 85
 - C.1.2 El Fiduciario 85
 - C.1.2.1 Requisitos 87
 - C.1.2.2 Derechos 88
 - C.1.2.3 Obligaciones 89
 - C.1.3 El Beneficiario o Fideicomisario 91
 - C.1.3.1 Requisitos 92
 - C.1.3.2 Derechos 93
 - C.1.3.3 Obligaciones 95
 - C.2 Elemento Objetivo 95

C.2.1 Patrimonio Autónomo	97
C.2.1.1 Bienes Separados del resto del activo	97
C.2.1.2 Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario	97
C.2.1.3 Excluidos de la garantía general de los acreedores del Fiduciante	98
C.2.1.4 Excluidos de la garantía general de los acreedores del Fideicomisario	99
C.2.2 Garantizan las obligaciones contraídas para cumplir el fin	100
C.2.3 Deben retornar al Fideicomitente	101
C.3 Elemento Teleológico	101
D. ESPECIES DE FIDUCIA MERCANTIL	103
E. FORMALIDADES DE LA FIDUCIA MERCANTIL	107
F. EXTINCION DE LA FIDUCIA	110
IV. PERSPECTIVA PRACTICA DEL FIDEICOMISO MER CANTIL	118
A. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION E INVERSION	118
A.1 Tutela y Curatela	122
A.2 Fideicomiso para resolver el estado de quiebra y liquidación	124
A.3 Varias clases de Administración	125
A.4 Encargo Fiduciario para la emisión de títu los de Crédito	126
B. FIDUCIA TESTAMENTARIA	127
C. FIDUCIA Y MERCADO ANDINO	130

D. FIDUCIA DE GARANTIA	133
E. SEGUROS FIDUCIARIOS DE VIDA	136
CONCLUSIONES	139
BIBLIOGRAFIA	141

INTRODUCCION

El escribir una tesis puede tomarse como el cumplimiento de un requisito académico, o el deseo de aportar algo en el conocimiento de un tema. La preocupación es obtener lo segundo. Se quiere contribuir a buscar que un tema un poco desconocido y escaso de bibliografía adquiriese su real importancia.

En el transcurso del tema podremos darnos cuenta del auge que ha adquirido tan singular figura. Su desarrollo es eminentemente didáctico por cuanto se estima que para un mayor conocimiento del tema, para una aprehensión del mismo, era lo procedente.-

Bosquejemos diversos tópicos pero siempre enfocados hacia una mira: su tratamiento comercial nunca pretendimos hacer un tratado de cada acápite pues nuestros conocimientos y tiempo nos lo impedian. Pero si se está seguro de haber obrado con responsabilidad universitaria.

CAPITULO I.

EVOLUCION HISTORICA DE FIDEICOMISO.

A - FIDEICOMISO EN ROMA.

Para entender a cabalidad la evolución y desarrollo de la Fiducia tenemos que tener en cuenta que su esencia radica en la confianza." En la formación de los diferentes sistemas jurídicos, y a través de los tiempos, la confianza ha desempeñado un papel fundamental en el surgimiento de las instituciones que vienen a regular los vínculos entre los individuos. Es así como mucho 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 de la fiducia, que continúa siendo clasificada como uno de los denominados negocios de confianza.-

La necesidad del estudio de la fiducia en Roma obedece de una parte a su influencia en las instituciones latinas, y de otra a su relativa operancia en nuestro derecho positivo. Precisamente debido a esto último trataremos las formas que para efectos de nuestro estudio tienen una mayor relevancia. Son ellas el fideicomiso y los pactos de fiducia sobre los bienes.-

Debido al rigor y al formalismo excesivos propios del derecho romano, que constituían un obstáculo para las crecientes transacciones comerciales y aún para las simples relaciones de familia, se vió la necesidad de crear una figura accesoria que diera amplitud a las ya existentes basada en la confianza y en la honorabilidad: "Del concepto absoluto de la propiedad colectiva y social, cuyo titular era el Estado, se pasó a la concepción de la propiedad individual del ciudadano romano, y posteriormente se presentaron los cambios que las sabias decisiones del pretor aportaron al derecho civil". Es así como aparecen en Roma nuevos contratos liberados del estricto formalismo, tales como los pactos de fiducia, considerados como antecedentes del fideicomiso actual.-

A.1 FIDEICOMMISUM.

Tenia cabida cuando el testador quería, además de imponer

la voluntad de sus herederos, instituir como tales a aquellas personas que se hallaban en incapacidad de recibir bienes por herencia; como es sabido muchas fueron las incapacidades para heredar que se consagraron en el derecho romano: "Así, cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía testamenti factio, no tenía otro recurso que rogar a su heredero para que fuese el executor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular, o bien la sucesión en todo o en parte". Al heredero gravado se le llamó fiduciario y a aquel a quien debía transmitirle los bienes, fideicomisario.-

Por tanto el fundamento de esta figura era la fé, la confianza que tenía el testador en el honor de la persona que había instituido como heredero. Este último aparecía como dueño absoluto de la herencia abriéndose entonces la posibilidad de que no cumpliera con lo pactado, ya que quien verdaderamente era favorecido carecía de acción alguna para lograr la ejecución, ejecución que en principio quedó a la buena fé y a la conciencia del heredero fiduciario.

Debido a que se empezó a dar la inejecución de varios fideicomisos, la opinión general comenzó a presionar al fiduciario para el cumplimiento de sus encargos; el Emperador Augusto los hace ejecutar con la intervención de los cónsules quienes controlaban dicho cumplimiento; pero po

co a poco esta medida va cobrando importancia hasta llegar a la necesidad de crear un pretor especial, el pretor fideicommissarius quien tenía jurisdicción para coaccionar el cumplimiento de los encargados.-

El senado consulto Trebeliano dado bajo Nerón hacia el año 56 de nuestra era, dispuso que el fideicomisario se asimilara al loco heredis o al loco legatarii según se tratara de herencia o legado, con lo cual se logró que una vez transferidos los bienes objeto del fideicomiso, las acciones a favor o en contra de los herederos pasaran de pleno derecho a título de acciones útiles al fideicomisario.-

Posteriormente el senado-consulto Pegasino - que data del reinado de Vespasiano - se dicta con el objeto de obviar el problema de que siendo este encargo esencialmente gratuito, generalmente era rechazado por el presunto fiduciario; por este senado-consulto se concede al heredero fiduciario el derecho de retener la cuarta parte del fideicomiso tal como lo permitía la ley Falcidia en presencia de legatarios.-

La reforma de Justiniano une las disposiciones de los dos Senado consultos, lo cual trae como consecuencia, entre otras cosas, que el heredero fideicomisario adquiera como

legatario un derecho real y no un derecho de crédito, tiene la reivindicatio contra terceros adquirentes, aún de buena fé, lo que ejercita el día en que la restitución debe tener lugar en su beneficio. Los terceros no pueden valer contra él, ni la usucapión, ni la praescriptio longi temporis.-

Con la caída del Imperio Romano, y en la Edad Media, muchas de las instituciones cambian de concepción, entre ellas el fideicomiso, el cual derivó para los regímenes jurídicos que tomaron sus bases del Imperio Romano en las llamadas sustituciones fideicomisarias, consistentes en transmitir ciertos bienes a determinadas personas en presencia de unas circunstancias o para eliminar algunos inconvenientes. Fué utilizada con el fin de conservar en su integridad los bienes de fortuna de las familias, trayendo como consecuencia una gran concentración de riqueza; estas sustituciones tuvieron gran auge hasta que el Código de Napoleón las prohibió por las razones anteriormente expuestas.

A-2 PACTOS DE FIDUCIA SOBRE BIENES.

En el régimen de bienes se aplicó el pacto de fiducia consistente en la transmisión de la propiedad con la obligación de retransmitirla en determinadas circunstancias; es

tos pactos son, pues, actos entre vivos a diferencia del fideicomiso que consistía en la liberalidad por causa de muerte. Fueron dos las figuras que tuvieron utilización.

A.2.1 FIDUCIA CUM AMICO.

Se le concedió al fiduciante la posibilidad de traspasar la propiedad de sus bienes a otra persona que debía velar por ellos con los plenos poderes del propietario y en beneficio de las personas instituidas por el fiduciante. Basada, pues, esta figura en la fiabilidad y confianza del fiduciante, le permitía despreocuparse de sus bienes durante períodos que le exigían su presencia en las guerras o su permanencia en las colonias del imperio. Tenía el propietario fiduciario la posibilidad de proteger el bien usando su posición como tal frente a terceros, y al regreso le era retornada la titularidad de los bienes al constituyente.-

A.2.2 FIDUCIA CUM CREDITORE.

Consistía en proporcionar al acreedor una garantía real mediante la transmisión de la propiedad de determinados bienes para garantizar las acreencias, transmisión que debía cesar cuando el fiduciante pagara su deuda al fiduciario.- En principio y como claramente se ve, el deudor

verificaba una transmisión plena de su propiedad; en caso de que este pagara su deuda no existía acción alguna si el acreedor no devolvía el bien, acción que tampoco existía en el evento de que el bien o los bienes dados como garantía fuesen enajenados por un mayor valor que la acreencia; por tanto los riesgos corrían todos a cargo del deudor, siendo una figura abiertamente ventajosa para el acreedor.-

Se vió entonces la necesidad de proteger al deudor que había entregado fiduciariamente un bien en garantía y poco a poco fueron apareciendo consagraciones legales, tales como la usureceptio consistente en una forma de adquirir la propiedad mediante la posesión del bien durante un tiempo determinado una vez saldada la deuda objeto de la garantía, y la Actio Fiduciaee que revistió dos formas: directa en favor del fiduciante y contraria a favor del fiduciario; por medio de la actio fiduciaee directa si el fiduciario incumplía mediante la enajenación antes de vencido el plazo, el deudor tenía derecho a la indemnización antes de vencido el plazo, el deudor tenía derecho a la indemnización del acreedor, sin que pudiera perseguir el bien en manos de terceros; además en caso de la no correlatividad entre el precio de la deuda y el de la enajenación del bien, el deudor podía pedir la devolución del excedente. Estas acciones eran pretorianas y por tanto po

dfan fallarse en equidad.-

Este tipo de fiducia fué el antecedente de las garantías reales prenda e hipoteca; su desaparición obedece a las desventajas que para el deudor representaba, a la aparición de estas garantías reales y al desuso de la mancipatio y de la in jure cessio.-

De todo lo anterior resulta que el elemento confianza constituyó la esencia de estas figuras, de las cuales la única que pasó a nuestro sistema jurídico fué la fiducia cum amico.-

B - EL TRUST EN EL DERECHO ANGLOSAJON.

Para entender el origen del trust es necesario tener presente que la base formadora del derecho inglés y las circunstancias históricas que informaron su naturaleza, contribuyeron a la creación de sistemas sin los cuales hubiera sido imposible establecer esta figura.-

El trust tiene su antecedente inmediato en el "use" el cual consistía en la transmisión de la propiedad a un trustee por acto entre vivos o por testamento con la obligación en conciencia de utilizarla en beneficio de un tercero; con estos uses se buscaban propósitos diversos, en

veces lícitos que no habfan sido reconocidos por el ordenamiento jurídico, otras ilícitos y que por tanto exigían la interposición de una determinada persona.-

En derecho inglés quien constituye el fideicomiso recibe el nombre de settlor, quien recibe el derecho o los derechos para ejecutar un encargo es el trustee y el beneficiario se denomina cestui que use, este último en el trust toma el nombre de Cestui que trust.-

Respecto al origen del use los autores no han logrado ponerse de acuerdo, mas parecen coincidir en que los uses tuvieron su mayor utilización al dictarse la ley de manos muertas (1217), a las confiscaciones por represalias durante la guerra de las dos rosas, y en un intento de escapar de las cargas feudales.-

Durante el siglo XII las comunidades religiosas tenían para sí una inmensa cantidad de tierra, situación que daba origen a gran concentración de riquezas; para evitar este fenómeno se dictan el Statute of Mortmain. En la época de la guerra de las dos rosas, los bienes de los vencidos estaban expuestos a ser confiscados por los vencedores como consecuencia del delito de traición que se les imputaba; en uno y otro caso la situación fué superada por la práctica de los uses.-

A partir de la conquista normanda se inicia en Inglaterra la labor de unificar las costumbres locales en un derecho común (Common-law) el cual tenía normas generales y estrictas; pero este rigorismo trajo como consecuencia prácticas injustas, pues muchas de las situaciones concretas no encajaban en los principios contemplados en éste, lo cual trae como resultado el surgimiento de una jurisdicción paralela que correspondía aplicar al canciller alto dignatario eclesiástico por autoridad del rey, basada esta aplicación no en el derecho sino en la equidad.-

En principio los uses eran obligaciones morales, su cumplimiento quedaba a la buena fé, a la lealtad y honorabilidad del trustee; el auge de esta figura fué sorprendente, pero los abusos del prestonombre hicieron pensar en proteger al beneficiario, protección que solo tenía cabida en el derecho de equidad; surge así un desdoblamiento de la propiedad característica del derecho anglosajón: una propiedad legal, perteneciente al trustee y protegida por el Common-law y una propiedad beneficiosa, perteneciente al cestui-que-use protegida por los Cancilleres en ejercicio de la Equity, pasando así estas obligaciones de ser un deber de conciencia a ser instituciones sancionadas por el derecho de equidad.-

"Equity se define como el sistema de jurisprudencia, basa

do en buena razón, buena conciencia e introducido y desarrollado por los cancilleres de Inglaterra, por autoridad del rey y con el asentimiento del parlamento, para hacer justicia donde era denegada por el derecho común (Common-law) o para hacer justicia más perfecta que la que podía hacerse a través del derecho común".-

Bien dice Batiza que los uses, prácticas de gran volumen eran considerados como derechos de equidad, pero su empleo tendía a evadir la aplicación de las normas del Common-law y no se aplicaba el principio de la "equidad sigue el derecho estricto". Era innegable que constituían un medio brillante para el fraude de los acreedores, reportaban beneficios grandiosos a ciertas personas traduciéndose en correlativos perjuicios para otras: para el primogénito a quien se desheredaba para favorecer a sus hermanos; para el señor feudal a quien se privaba de sus privilegios; para la corona, que siempre era señor y nunca ocupante y a quien se le causaban los mayores daños. De ahí que Enrique VIII instigara para la supresión de los uses, lo cual vino a culminar con la promulgación de la ley de uses en 1.535; dicha ley dispone que en lo sucesivo se le adjudique al beneficiario el título legal del bien puesto en uso sin privar a éste de su derecho de equidad y sin decretar la ilegalidad de los uses.

La publicación de esta ley no trajo las consecuencias esperadas; los usos en los hábitos de las personas no desaparecen, sino que en la práctica cambian su nombre por el de trust. Su objetivo principal, cual fué el de evitar el desdoblamiento del derecho de propiedad, no tuvo efectos completos, pues existían situaciones en que el título legal se había traspasado realmente al Feoffee to use (persona a la cual se le entregaban los bienes), es decir la obligación no se había ejecutado; la ley sobre organización general de 1.873 estableció que en caso de conflicto entre el derecho común y el de equidad prevalecía este último.-

Para terminar el recuento del trust acogemos la definición de Hart quien dice lo siguiente:

"Trust es una obligación impuesta ya sea expresamente o por implicación de la ley, en virtud de la cual el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene el control para beneficio de ciertas personas que indistintamente puede exigir la obligación".-

Concluimos diciendo que en el Derecho Anglosajón, al igual que en el derecho romano, la confianza jugó un papel especial. El trust que en sus comienzos fué utilizado para evadir el rigor del derecho Anglosajón tomó tanto auge que hoy, tal como existe y se le practica, no tiende en absolu

to a evadir ley alguna sino que puede ser constituido para cualquier fin que convenga al fideicomitente (settlor) siempre y cuando no contrarie el orden público y las leyes. Debido a lo anterior todos los ordenamientos han hecho esfuerzos para adoptar en una u otra forma el trust a sus respectivas legislaciones.-

Comparando ls dos figuras expuestas, encontramos que tienen como puntos de contacto los anotados por Alfaro.

1o. LA CAUSA: Leyes que en mayor o menor medida establecían incapacidades, ya para recibir herencias o legados, ya para el dominio y posesión de bienes: leyes herencias en Roma, leyes de manos muertas en Inglaterra.

2o. EL PROPOSITO: Evadir tales restricciones.

3o. EL MEDIO: Un tercero a quien no alcanzaban las restricciones y en quien el testador o tradente depositaba su confianza: el fiduciarius romano y el trustee inglés.-

4o. LA FORMA: Un traspaso de bienes hecho al tercer intermediario, por testamento en el caso de fideicomiso romano por acto intervivos o por testamento en el

caso de trust.

5o. EL ENCARGO: Una súplica hecha o una obligación impuesta al intermediario para que diera a los bienes traspasados el uso de destino indicado por el testador o tradente.

6o. EL SUJETO: Una persona en cuyo beneficio el intermediario, recibía, conservaba, administraba, enajenaba o entregaba el patrimonio objeto del encargo, tanto en el derecho romano como en el derecho anglosajón. Así mismo podemos anotar las principales diferencias de las dos figuras:

1 - En cuanto a la propiedad de los bienes objeto del fideicomiso, en el derecho romano no surgía la duplicidad existente en el derecho Anglosajón: Propiedad legal y propiedad efectiva duplicidad que limitaba la facultad de aprovechamiento del bien o los bienes por parte del Trustee, mientras que en el derecho romano el propietario fiduciario gozaba ilimitadamente de ella.

2 - La fiducia del derecho romano no era oponible a terceros, en tanto que el Trust es válido no sólo para las partes sino también para estos.-

C - EL NEGOCIO FIDUCIARIO EN MEXICO.

Hacer una breve reseña de la evolución del negocio fiduciario en México es de trascendental importancia, por el significado que tiene adoptar el trust anglosajón a un sistema de origen romano. Con el objeto de que dicha reseña arroje la mayor claridad posible, acogemos la enumeración que de aquella evolución enuncia Batiza.-

En general todos los autores mexicanos coinciden en afirmar que en México se practicó una variedad de trust como instrumento de garantía en la emisión de bonos destinados a financiar la construcción de los ferrocarriles, lo que ocurrió con anterioridad a la consagración legislativa de esta figura.-

En 1.905 aparece el proyecto Limantou, del cual era autor el Lic. Jorge Vera Estañol, "el Secretario de Hacienda, señor Limantour envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la unión una iniciativa que faculta al Ejecutivo para que expida la ley por cuya virtud puedan constituirse en la República Instituciones Comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios". Batiza califica este proyecto como el primer intento legislativo mundial de adaptación del trust a los sistemas romanistas el cual sin embargo no se tradujo en normas posi

tivas.

En 1.924 surge el proyecto Creel: su autor dice que se han efectuado en el país fenómenos que demuestran la aparición de compañías bancarias de fideicomiso y ahorros, y en la Convención Bancaria celebrada en febrero de dicho año da una visión de las distintas posibilidades que se pueden realizar con esta figura, diferentes de las propias del fideicomiso.-

Al finalizar el año se dicta la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Públicos diciembre 24 de 1.924 mediante la cual se crean los bancos fideicomiso. Debe anotarse que "el fideicomiso mexicano se reservaba solamente a los bancos, no era una institución de derecho civil, sino una operación de crédito que sólo como tal se traducía en la legislación, sin considerar siquiera la posibilidad de trustees personas privadas, sino solo de las compañías bancarias de trust, cuya utilidad en las finanzas y en el crédito era motivo determinante en el legislador".-

A mediados de marzo de 1.926 el Lic. Vera Estañol preparó un proyecto de ley de compañías fideicomisarias y de ahorro conocido con el nombre de Proyecto Vera Estañol en el cual se hace una reglamentación más importante que las

anteriores sobre los actos, operaciones y contratos que la sociedad podría ser autorizada a celebrar como "fideicomisaria" señala el término de duración del fideicomiso y hace un estudio muy completo del régimen fiscal.-

La ley de bancos de fideicomiso de 1.926 distribuía su articulado en 5 capítulos a saber: objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, operaciones de fideicomiso, departamento de ahorros, operaciones bancarias de depósito y descuento y disposiciones generales.-

El objeto principal de estos bancos consistía en la realización de operaciones por cuenta ajena en favor de un tercero autorizado por la ley, cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fé.-

DEFINIA LA LEY EL FIDEICOMISO ASI:

"Es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregaban al banco, con carácter fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario".-

Agrega además el artículo 7o. de esta ley que "El fideico

miso solo puede constituirse con un fin lícito, esto es, que no sea contrario a la ley ni a las buenas costumbres. En la exposición de motivos se advierte la influencia de las ideas del panameño Ricardo Alfaro, expuestas en su proyecto de la Ley de 1.920, y las de Creal. La definición dada coincide casi exactamente con la presentada por Alfaro con la única diferencia de que la ley establece que los bienes se entregan mientras que el panameño dice que los bienes se transmiten. Consagra también esta definición al igual que la de Alfaro, la teoría del mandato irrevocable.

La ley general de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1.926 abrogó la ley de Bancos de fideicomiso y se limitó a incorporar como parte de su texto el artículo de aquella.-

En la Ley General de Instituciones de Crédito de 1.932 se corrige y amplía la anterior. En la exposición de motivos habla de que la ley de 1.926 ha introducido una institución jurídica nueva, que va a ser de gran utilidad para el desarrollo del país y agrega que es necesario, para que la ley pueda vivir, una definición clara de su contenido y efectos, definición que corresponde a la ley de Títulos y Operaciones de Crédito y una reglamentación adecuada para las instituciones de crédito.-

En el mismo año de la ley anterior, seis meses después, aparece en México, la ley general de Títulos y Operaciones de Crédito, vigente en la actualidad, cuyo título II Capítulo V (arts. 346, 359) regula el fideicomiso como institución sustantiva.-

Esta ley en su exposición de motivos declara que el fideicomiso será concebido como una afectación patrimonial, superando el problema de la teoría del mandato irrevocable, ya que existen diferencias básicas entre este y la figura en estudio: el mandato no transmite los bienes al mandatario; en el fideicomiso sí existe una traslación de dominio.-

Unicamente se consagra el fideicomiso expreso, debido a que los fines que se buscan con el fideicomiso implícito (implied trust) en países de otra organización jurídica se pueden lograr con notorias ventajas a través de otras instituciones jurídicas. El fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación.-

Los artículos 346 y 347 dicen: art. 346: En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de

ese fin a una institución fiduciaria. Art. 347 "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado". De acuerdo con los artículos anteriores podemos decir que el legislador de 1.932 se apartó de la teoría del patrimonio autónomo expuesta entre otros por el francés Pierre Lepaulle. Dado que la institución fiduciaria tiene todos los derechos y obligaciones que se requieren para cumplir con el cargo, es necesario hacer la transmisión de bienes al fiduciario, con lo que se requiere significar que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio fin o de afectación; bien entendido, un patrimonio fin o de afectación no es un patrimonio sin titular y por tanto no cabe en sentido estricto la teoría de Lepaulle que solo tiene lugar en los sistemas que admiten los patrimonios autónomos; a pesar de esto gran cantidad de doctrinantes mexicanos sostienen que en México los bienes fideicomitidos forman un patrimonio autónomo, afirmación para la cual no dan argumentos sino que únicamente se basan en el sentido gramatical de la ley.-

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1.941 rige junto con la anterior en la actualidad.-

Villagordoa estima como fundamental la fracción c) del in

ciso 2o. del artículo 45 de esta ley pues considera que confirma la naturaleza del fideicomiso trazado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y añade además que en este precepto el legislador señala en forma expresa el funcionamiento jurídico del fideicomiso, al decir que por esta operación hay transmisión de derechos al fiduciario, para la realización del fin determinado.-

Las disposiciones legales que en México regulan esta figura son escasas: no obstante la importancia del fideicomiso mexicano ha sido vital: su aparición, crecimiento y desarrollo se han debido a exigencias impuestas por las necesidades de la vida social, y por esto se dice en México que el derecho sobre fideicomiso, más que estar contenido en la ley, lo han ido haciendo cada día a golpes los que operan en esa rama de la actividad bancaria; la madurez que ha alcanzado esta figura es un producto del esfuerzo y de la superación tanto de legisladores como de doctores y prácticos.-

CAPITULO II.

DISTINCION ENTRE VARIAS FIGURAS.

A - PROPIEDAD FIDUCIARIA.

Como una manifestación de los negocios de confianza, inspirados en el Derecho Romano, tenemos para empezar una forma de limitación de la propiedad conocida con el nombre de propiedad fiduciaria. Como no volveremos sobre ella, debemos hacer algunas anotaciones sobre la misma. Se entiende por propiedad fiduciaria, en esta acepción específica de limitación a la propiedad, aquella que está sujeta a la carga de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. A la luz de esta definición el propietario tiene un derecho sometido a una condición resolutoria. Puede constituirse por acto entre vivos o por testamento, en este último caso implicando una doble liberalidad, primero al fiduciario quien recibe la propiedad limitada y, luego, al fideicomisario, persona o personas llamadas a adquirirla al sobrevenir la condición.-

Para no detenernos en la compleja reglamentación de la figura, bástenos destacar algunas notas características que nos permitirán afirmar que se trata de una institución cuyos elementos esenciales no corresponden al fideicomiso o fiducia mercantil que vamos a estudiar. En efecto, el fiduciario adquiere la propiedad de manera que esta forma parte de su patrimonio, puede ser enajenada con el gravamen al cual está sujeta y los frutos o productos de la cosa le benefician en forma directa, salvo casos excepcionales. Puede llegar a hacerse propietario pleno de los bienes recibidos en el supuesto de que la condición se haga imposible o no se realice dentro del término señalado en el contrato o en la ley. Esta posibilidad de hacerse propietario que, en el caso de la propiedad fiduciaria del Derecho Civil es perfectamente lógica, se encuentra descartada en términos categóricos por la mayor parte de las legislaciones mercantiles a las cuales nos referiremos mas adelante. En ellas, ni el fiduciario puede hacerse propietario ni los frutos lo benefician porque están destinados a cumplir una determinada finalidad. Por último, para hacer una distinción respecto al negocio fiduciario, no existe desproporción alguna entre medio y fin, pues se trata de un instrumento destinado a producir los efectos que le son propios, esto es, a beneficiar a dos o más personas en donde no solo no hay desproporción alguna sino que los efectos producidos son los buscados por las partes mediante el

empleo de los instrumentos idóneos para conseguirlo. En otras palabras, si bien la propiedad fiduciaria que aparece en algunos códigos civiles se inspira en alguna forma en los negocios de confianza del derecho Romano, no corresponde a la figura que en las actuales instituciones jurídicas se conoce como "trust" en el Derecho Anglosajón y en nuestros sistemas como fideicomiso o fiducia mercantil.

A.1 LA PROPIEDAD FIDUCIARIA DEL CODIGO CIVIL.

Nuestra legislación civil tiene como principal fuente el Código Civil Francés y por tanto se encuentra estrechamente vinculada con el derecho Romano del cual ha tomado muchísimas de sus Instituciones.-

Para explicar cómo en el campo de fideicomiso el Código Civil no adoptó las diversas formas que de él se introdujeron en Roma para evitar el formalismo y rigidez de su derecho, es necesario recordar que el fideicomiso se fue complicando en el derecho antiguo que permitió el surgimiento de instituciones indefinidas de las que resultaron los mayorazgos y grandes limitaciones a la facultad de disposición para el titular, hondamente perjudiciales al interés público o social por que impidieron la natural movilización de la riqueza y la utilización de los bienes por quienes pudiesen sacarles mejor provecho.-

Teniendo en cuenta la situación que se presentaba en ese momento, el Código Civil Francés optó por dar preferencia al interés social sobre la libertad del individuo a disponer de sus bienes, aboliendo absolutamente de su articulado la figura del fideicomiso.-

El Código Chileno, acogido entre nosotros casi en su integridad, escogió en cambio el sistema de restricción a la facultad de establecer fideicomisos pero sin eliminarlos definitivamente.-

En cuanto a nuestro Código Civil observamos cómo el fideicomiso destinado a hacer pasar bienes por herencia a una persona incapaz fué prohibido por el artículo 1023 del mismo estatuto.-

No obstante ser el fideicomiso regulado en nuestro Código Civil muy diferente al conocido por los romanos, tiene en común con él un elemento de orden psicológico que es la confianza.-

A.2 • DEFINICION.

En la legislación civil colombiana el fideicomiso es uno de los modos limitativos del dominio al tenor de lo dispuesto en el artículo 793 del Código Civil: "El dominio

puede ser limitado de varios modos:

1 - Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición....."

El artículo 794 se refiere expresamente a esta institución que denomina propiedad fiduciaria y que define así: "Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición.

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso.

Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria.

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

La definición de propiedad fiduciaria del artículo 794 del Código Civil es en esencia la misma del artículo 1223.

A.3 CARACTERISTICAS.

El doctor Gustavo Cuello I. señala como caracteres de la propiedad fiduciaria o fideicomiso los siguientes:

a) Es general, por cuanto se refiere a todos los servicios

que pueda prestar el bien objeto del fideicomiso y supone la utilización del mismo en todas las formas posibles con las dos únicas limitantes de que tiene que conservarlo en su integridad para restituirlo una vez se cumpla la condición, aspectos que generalmente tienen que influir en el carácter general pero que no lo suprimen.-

b) Es exclusiva, como derecho real que es, pues simplemente estamos ante, una especie de propiedad, tiene la característica de ser un derecho excluyente, con lo que se quiere significar que solo el propietario puede ejercer las facultades inherentes a ese derecho sobre el bien objeto del mismo.-

En esta forma se descarta la intromisión de terceros en el ejercicio del derecho de propiedad fiduciaria.

c) Es independiente, es un derecho real principal que puede subsistir por sí solo, como la propiedad plena, como el usufructo, el uso, la habitación.-

d) Es temporal, por cuanto tiene necesariamente un límite en su duración. Esta es la característica fundamental de la propiedad fiduciaria. Vencido el tiempo desaparece la calidad fiduciaria del derecho de propiedad.-

e) Es una propiedad condicionada; es una tradición reali

zada de manera restringida, condicional, o sea sometida al advenimiento de un hecho futuro e incierto que cumplido obliga al fiduciario a entregar la cosa al fideicomiso.

A.4 ELEMENTOS.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, los elementos esenciales que constituyen el fideicomiso son los siguientes:

Existencia de unos bienes que sean susceptibles de convertirse en fideicomiso; existencia de tres personas: constituyente, fiduciario, y fideicomisario; y existencia de una condición en virtud de la cual la propiedad pasa del fiduciario al fideicomisario.-

Estos tres requisitos se refieren a la parte interna del fideicomiso. Su parte externa está regulada en el artículo 796 del Código Civil que señala el modo de constituirlos al establecer:

"Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgados en instrumento público, o por acto testamentario.

La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente registro".-

La obligación de registro se extiende a los llamados bienes muebles registrados pues ellos, al igual que los inmuebles, requieren la tradición jurídica. El registro para que puedan considerarse legalmente transmitidos.

En cuanto a los requisitos internos, haremos un análisis suscito de cada uno con el fin de comprender mejor la figura conocida como propiedad fiduciaria o fideicomiso.

A.4.1 LA CONDICION.

Por la importancia que la condición tiene en esta institución empezaremos por su estudio; en la mayoría de los artículos que regulan lo relacionado con el fideicomiso se hace mención en alguna forma de la condición, lo que pone de relieve el gran papel que ella desempeña.

En efecto, vemos cómo, de acuerdo con los artículos 794 y 801 del Código Civil, no puede existir fideicomiso sin que la transmisión de la propiedad fiduciaria por el fiduciario al fideicomisario esté sujeta a una condición, es decir, a un hecho futuro e incierto físicamente posible y moralmente lícito, de él depende el nacimiento o extinción de un derecho o de una obligación.

Podemos decir entonces que el fiduciario recibe el fidei

comiso bajo condición resolutoria puesto que al verificar se el hecho a que está sometido se extingue su derecho, y que correlativamente el derecho del fideicomisario se encuentra sometido a una condición suspensiva pues mientras ese mismo hecho no se cumpla, no nace su derecho.

Así, el cumplimiento de la condición o condiciones señaladas en la constitución del fideicomiso quita este al fiduciario y lo pasa al fideicomisario, y el no cumplimiento de la condición porque ella se tornó imposible o porque venció el término en que debía cumplirse, quita al fiduciario su carácter de tal y lo convierte en propietario puro y simple, lo que hace que la restitución no se produzca. Esta situación es denominada por nuestro ordenamiento civil condición fallida, la cual, en materia de fideicomiso, es regulada en el artículo 800 que a letra dice:

"Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde mas de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución.-

Estos treinta años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria".-

Así mismo el artículo 799 del Código Civil establece como condición de todo fideicomiso la existencia del fideicomi

sario o su sustituto a momento de la restitución.

Sobre el significado de este artículo expresa el doctor Fernando Vélez "De acuerdo con el inciso 1o. de este artículo, la existencia del fideicomisario o de su sustituto en la época de la restitución del fideicomiso, es tan esencial como condición, que, si no se establece expresamente, se supone. Así es que sean cualesquiera que fueren los términos de la constitución del fideicomiso, si el día en que se cumplan la condición o condiciones a que esté sometido no existe el fideicomisario, caduca el fideicomiso esto es, el fideicomisario no transmite por testamento o ab-in testato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aún la simple expectativa, según el artículo 821. Si tuviere sustituto o sustitutos la expectativa pasa a ellos ipso jure, en virtud de ese mismo artículo. Si no los tuviere o también fallecieran antes del cumplimiento de la condición ésta se da por fallida y el fideicomiso corresponde definitivamente al fiduciario".-

A.4.2 BIENES OBJETO DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA.

En cuanto a la cosa constituida en propiedad fiduciaria denominada también por el Código Civil fideicomiso, tenemos que de acuerdo con el artículo 795 puede consistir o en una cuota determinada de ella, o en uno o mas cuerpos

ciertos, es decir, en toda clase de bienes exceptuando únicamente los indeterminados.-

Aunque el patrimonio especial es objeto de otra parte de este estudio, no podemos pasar por encima de las disposiciones que consagran la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria. Estas normas son el artículo 1677 del Código Civil y el artículo 684 num. 13 del Código de Procedimiento Civil: "Dicha inembargabilidad se refiere al derecho de propiedad fiduciaria y concretamente al bien o bienes sobre que recae, pero no a los frutos que pertenecen in condicionalmente al fiduciario y acrecen su patrimonio, por tanto podrán ser embargados como cualquier otro bien de su propiedad.-

45740

Si tenemos en cuenta lo previsto en las normas citadas, además de las otras disposiciones que ordenan al fiduciario conservar los bienes fideicomitidos para entregarlos a quien corresponda cuando termine la propiedad fiduciaria, debemos concluir que el fideicomiso es uno de los patrimonios especiales aceptados en nuestro derecho positivo.-

La especialidad del patrimonio formado por el fideicomiso se ratifica por lo dispuesto en el artículo 1308 del Código Civil, según el cual el heredero fiduciario debe acep

tar con beneficio de inventario, lo cual se explica por la especial destinación que deben tener los bienes fideicomitidos y porque "el objeto de la propiedad fiduciaria debe mantenerse indiviso y separado de lo que se tiene en propiedad común como garantía de claridad y de facilidad para el cumplimiento de los fines perseguidos con la institución.

A.4.3 ELEMENTO PERSONAL.

El elemento personal del fideicomiso está constituido por las tres partes que en él intervienen y que son constituyente, fiduciario y fideicomisario:

a) EL CONSTITUYENTE.

Debe ser una persona capaz de disponer de los bienes que transfiere para constituir la propiedad fiduciaria: generalmente es una persona diferente al fiduciario, pero en el caso previsto en el artículo 807 del Código Civil, se configura una identidad entre constituyente y fiduciario.

En este caso el constituyente está auto limitando sus facultades respecto del bien o bienes objeto de la propiedad fiduciaria y asumiendo las obligaciones que pesan sobre los fiduciarios.

b) EL FIDUCIARIO.

Es quien recibe la propiedad limitada con cargo de restituirla al cumplimiento de una condición "debe existir, en principio, al momento de la constitución si esta se ha realizado por acto entre vivos, si por testamento, al momento de la delación del fideicomiso; a pesar de que puede ser persona que al momento de la delación no tiene aún existencia, pero se espera que exista (C.C.C. Art. 798)."

El Código Civil Colombiano, a diferencia de la ley del fideicomiso y su principal derecho consiste en gozar para sí los frutos de esos bienes, excepto en el caso previsto en el artículo 808 del Código Civil que dispone:

Si se establece 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 solo tendrá las facultades de los curadores de bienes".-

Este artículo ha dado lugar a que muchos doctrinantes consideren que don Andrés Bello tuvo en cuenta el trust anglosajón al insertar en el artículo del Código Civil esta disposición por cuanto ella es totalmente ajena al Código Civil Francés y a las otras fuentes que tuvo en cuenta al

redactar el código.-

Resumiendo la opinión del doctor Arturo Valencia Zea sobre esta disposición, se tiene que la norma citada da la posibilidad de combinar el fideicomiso y el usufructo; que el fiduciario no goza para si de los frutos pues está obligado a entregarlos al fideicomisario; que el tenedor fiduciario puede adquirirla plena propiedad cuando se sepa que la condición de la cual depende la restitución no se cumplirá, disposición que a juicio del autor es un grave defecto de la norma.

Asi mismo considera el doctor Valencia Zea que si en lugar de haber sometido al fideicomiso a una condición, lo hubiese Bello sujetado a un término, se estaría pisando la institución anglosajona del trust.-

El doctor Ignacio Copete L., considera también que este artículo es tomado de la institución inglesa del Trust, pero se aparta del criterio del doctor Valencia pues opina que El tenedor fiduciario al igual que el trustee, no tiene la posibilidad de llegar a ser dueño del fideicomiso, porque solo se le encomienda la administración de los bienes que lo constituyen.-

A su vez en la exposición de motivos del proyecto del có

digo de Comercio de 1.958, se hace referencia a este artículo en los siguientes términos:

Se puede observar en este artículo algunas semejanzas con el Trust. Los beneficios no son para el beneficiario sino para el fideicomisario; el fiduciario no tiene las facultades del propietario absoluto, sino las de un mero curador de bienes.-

Esto lleva a decir a Phonor J. Eder que es muy posible que don Andrés Bello, a causa de su residencia en Inglaterra, haya adoptado el principio expuesto en el artículo mencionado, acercándose al fideicomiso inglés.-

En realidad una notable diferencia salta a la vista, sin dejar de reconocer que lo anotado por Eder es cierto, toda vez que el artículo consagra una excepción a los principios que rigen el fideicomiso civil de origen romano.

La diferencia estriba en que este fiduciario, aunque ciertamente no actúa en interés propio, sino en interés del fideicomisario, no es en todo caso dueño de los bienes, sino un mero tenedor de ellos, con las facultades limitadas de un curador, o sea las de manera custodia y conservación. Falta pues, lo esencial, que es la amplitud de acción que debe tener el fiduciario y que le es conferida por la titularidad del derecho de dominio".-

c) EL FIDEICOMISARIO.

Es la persona a cuyo favor debe llevarse a cabo la restitución al cumplimiento de la condición, puede no existir al momento de deferirse la propiedad fiduciaria, pero es condición indispensable que exista, él o su sustituto, al momento de la entrega de los bienes objeto del fideicomiso por parte del fiduciario.-

De acuerdo con el artículo 806 del Código Civil si en el acto de constitución del fideicomiso se designaron varios fideicomisarios de primer grado cuya existencia se espera, se restituirá la totalidad del fideicomiso a los que existan en esa fecha y los demás la irán adquiriendo a medida que se cumpla respecto de cada uno la condición impuesta, pero si ya ha vencido el plazo a que se refiere el art. 800, no se dará lugar a ningún otro fideicomisario (Art. 806). Los artículos 820 y 821 establecen que mientras la condición esté pendiente el fideicomisario tiene únicamente una expectativa de adquirir el fideicomiso y en consecuencia si fallece antes de hacerse la restitución nada transmite a sus herederos por esta causa.

De todo lo anterior podemos concluir que la propiedad fiduciaria no es otra cosa que una propiedad limitada y que como tal no puede ser utilizada para las finalidades del trust.

Así mismo por no existir en la propiedad fiduciaria la posibilidad de abuso, pues el fiduciario tiene facultades de disposición y goce de los frutos en los bienes fideicomitidos con las limitaciones de los artículos 808 y 810 del Código Civil, el elemento confianza no juega un papel tan importante en esta figura como lo desempeñaba en las variadas instituciones del derecho romano.-

Debieron ser estas las razones para que nuestros legisladores pensarán en la adopción de otras figuras más actuales y adaptables a las necesidades del comercio en general y de la banca en particular. Fué así como en el año de 1.923 se contrató una misión norteamericana, La Kemmerer, para estudiar ese tema y otros de vital importancia para el desarrollo económico del país.-

B. NEGOCIO FIDUCIARIO

B.1 CONCEPTO Y DEFINICION.

Una vez que hemos visto algunos antecedentes históricos en los dos principales sistemas jurídicos, debemos volver al concepto de negocio fiduciario, sustento de todas las modalidades u origen de las mismas. Nos referimos al negocio cuyo cumplimiento depende tan solo de la obligación personal del fiduciario, que corresponde a la fiducia romana,

vista mas atrás, y que algunos autores denominan puro, por oposición a aquellos en los cuales existe una regulación legal que permite a las partes ejercitar acciones concretas para tutelar sus derechos. En otras palabras los negocios fiduciarios puros, surgidos de la autonomía de la voluntad privada y basados en la exclusiva confianza entre las partes, dejan de serlo y pasan a calificarse como impuros, en cuanto la regulación legislativa los reconozca y confiera derechos y defensas en torno a su celebración. Proceso que parece ser una constante dentro de la evolución, explicable cuando la especial posición del fiduciario conduzca a la comisión de abusos respecto al fiduciante, al beneficiario o a terceros.-

Así las cosas, tenemos que los autores polarizan sus simpatías en las definiciones dadas por Regelsberger y Grassetti, respectivamente. El primero sostiene que es negocio fiduciario aquel "seriamente querido, cuya característica consiste en la incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo". De tal manera que el expediente jurídico utilizado permitiría alcanzar mayores resultados que los realmente obtenidos o, dicho en otra forma, la finalidad perseguida podría alcanzarse sin recurrir al medio empleado por las partes. El segundo por su lado afirma que "por negocio fiduciario entendemos una manifiesta

ción de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio pero en interés, o también en interés del transferente o un tercero. La atribución al adquirente es plena, pero éste asume un vínculo obligatorio en orden al destino o empleo de los bienes de la entidad patrimonial.-

De la transcripción de ambas definiciones surgen como elementos propios de cada una de ellas la incongruencia entre medio y fin, de una parte, y la confianza, de la otra, frente a la posibilidad de abuso por parte del fiduciario. De la aceptación de ambas tesis surge una explicación razonable del negocio fiduciario, en el cual aparece como característica, en primer plano, la confianza depositada en el fiduciario que, a diferencia de la que existe en casi todos los negocios jurídicos es especialísima y reviste un grado superior al normal, precisamente por que el fiduciario tiene la posibilidad de abusar de su posición como si no existiera la carga obligatoria que es inoponible por o frente a terceros. Pero es obvio que la eventualidad del abuso sólo existe porque las facultades jurídicas que el fiduciario tiene exceden en sus posibilidades a la finalidad económica buscada al celebrar el negocio y, desde este punto de vista, es admisible la desproporción entre aquellas y ésta como característica del mismo.-

B.2 ELEMENTOS.

De lo expuesto tenemos que en el negocio fiduciario se presentan como elementos estructurales una transmisión plena de derechos (elemento real) y unas obligaciones a cargo del fiduciario (elemento personal).-

B.2.1 REAL.

El elemento real radica en la transmisión plena de derechos, ya reales, como la propiedad, o personas, como la titularidad de un crédito, por parte del fiduciante al fiduciario, en forma de constituirlo frente a terceros como dueño o titular sin limitación alguna y frente a sí mismo, apenas con las que surgen del pacto obligatorio a que nos referiremos más adelante.-

Sobre el particular no parece existir posición unánime por parte de la doctrina y hay quienes sostienen que la transmisión está limitada desde un comienzo por el cumplimiento de la finalidad propuesta por el fiduciante y que, por consiguiente, no modifica la esencia del derecho de la propiedad, constituyendo apenas una modalidad del mismo. No admiten, en este orden de ideas, el concepto de la llamada "propiedad fiduciaria". Otros piensan, de su parte, que existe una transmisión plena y que la propiedad adquirida

es absoluta, pudiéndose además denominar "fiduciaria".

En lo que toca con el primer problema nos inclinamos por aceptar que el derecho real adquirido por el fiduciario no tiene limitación alguna y que las que podrían predicarse de su ejercicio, resultan del pacto obligatorio cuyos efectos se producen apenas "interpartes" y que al ser incumplido solo genera para el fiduciante acciones personales en contra de aquél, sin que pueda incoar acciones dominicales. En otra forma, siendo obvio que el derecho de dominio solo puede ser objeto de limitaciones reales con efectos frente a terceros, las personas ajenas al contrato del cual se derivan. Por lo que dice con el reconocimiento de una "propiedad fiduciaria" nosotros consideramos que ella debería restringirse a los negocios de tal naturaleza llamados impuros por cuanto sólo a través de su reconocimiento legislativo y la reglamentación de derechos y deberes de las partes, pueden aparecer las características que justifiquen la distinción y que permitan reconocer una nueva modalidad de derecho real.-

B.2.2 PERSONAL U OBLIGACIONAL.

Este elemento consiste en el acuerdo mediante el cual el funcionario limita su potestad de propietario, en orden al cumplimiento de la finalidad prevista por el fiducian

te. Generalmente son varias las obligaciones a cargo del fiduciario y dicen tanto que sus facultades como con el destino de los bienes y la forma de restituirlos cuando a ello haya lugar.-

B.2.3 RELACIONES.

Se han dado diversas explicaciones sobre el particular, cuyos extremos son: se trata de dos negocios autónomos, subordinado el obligatorio al real, por una parte, y se trata de un solo negocio, por la otra.

La primera sostiene que pudiéndose distinguir como partes constitutivas y autónomas la relación real y la personal, existe una contraposición entre ambas, predominando el negocio real positivo que es tan solo limitado por el obligatorio negativo. El negocio obligatorio aparece, entonces, subordinado por el real.-

No compartimos plenamente la explicación pues estimamos que dada la mecánica de la influencia prevista por el fiduciante, es precisamente el real el que se encuentra limitado en sus posibilidades por los términos constituyentes del obligatorio, de tal manera que sería aquél subordinado a éste y no al contrario. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de abuso por parte del fiduciario, que

asume como riesgo el fiduciante por no producir la relación obligatoria sino efectos personales. Pero nótese que en cuanto se pueda hablar de abuso en el ejercicio de un derecho real, respecto a una facultad que naturalmente correspondería al propietario, se está admitiendo que dicho ejercicio se encontraba limitado, funcionalmente subordinado a los términos de la obligación adquirida con el fiduciante, así pueda ser incumplida.

La segunda defiende la existencia de un solo negocio formando sustancialmente una unidad, en que si bien hay un lado real y otro obligatorio, sus efectos se influyen recíprocamente. Es decir, no sólo hay una influencia unilateral de los obligatorio en el real, al limitar sus efectos, sino que ésta actúa sobre aquél al imponerse como tal frente a terceros. Nosotros creemos que esta tesis sólo es válida en tratándose de legislaciones en las cuales esté consagrado el negocio como tal, con características y efectos propios perfectamente definidos.

B,3 UBICACION.

Para tratar de ubicar el negocio fiduciario se ha estudiado por los autores su relación con algunas otras modalidades.

B.3.1 CAUSAL O ABSTRACTO.

En forma simple digamos que la doctrina ha entendido por "negocios causales" aquellos que en su propio enunciado o en la forma jurídica adoptada para concretarlos llevan incitos las causa de los mismos y como "negocios abstractos" aquellos que se manifiestan y realizan sin dejar entrever la función particular que prestan y los justifica. En estos últimos cabe distinguir entre aquellos en los cuales no existe causa expresa en ninguna otra relación de los contratantes sino apenas en su fuero interno, es decir, que habría una abstracción absoluta, de aquellos en los cuales, si bien la causa no aparece del contrato mismo, puede encontrarse en otra relación entre las partes, con formándose así una abstracción relativa. Ejemplo típico de la abstracción absoluta podría encontrarse en los títulos valores a la orden o al portador en donde el ejercicio de los derechos por parte de su titular no sólo surge de una titularidad formal, sino que no encuentra referencia alguna a una causa específica.-

Los autores, a vuelta de reconocer que los negocios fiduciarios deben tener una causa, se inclinan por considerar que ella radicaría precisamente en la relación obligatoria como una especial "causa redenti", que previa una prestación por una parte (transmisor) la faculta para exigir al

adquirente del derecho un conjunto de obligaciones en cuanto a su ejercicio, su aplicación y su ulterior destinación.-

Nosotros no compartimos esta tesis, por lo menos en los sistemas jurídicos en los cuales la noción de causa es finalista, esto es, toca con los motivos o móviles que llevan a las partes a contratar y que, por consiguiente no aceptan la causa como concepto vinculado a las prestaciones recíprocas de las partes, cuando de contratos bilaterales se trata. Pensamos que la causa que lleva a los contratantes a utilizar la típica construcción del negocio fiduciario debe buscarse fuera de los elementos integrantes de la relación, en el motivo concreto que lleva al fideicomitente a depositar su confianza en el fiduciario y entender que no abusará de su posición pese a encontrarse en posibilidad de hacerlo y que sería en cada caso la certeza de una mejor administración o inversión, la conveniencia de una forma determinada de garantía, la liberación de la responsabilidad inherente a una gestión enojosa o poco atractiva, la obtención de una finalidad difícilmente conseguible por otros medios, etc. En otras palabras, no es en la obligación que adquiere el fiduciario donde debe buscarse la causa del negocio para el fiduciante, sino en la razón por la cual para obtener la finalidad propuesta, utiliza un medio que excede por mucho en

sus posibilidades las dimensiones de ésta. Pero ni siquiera la confianza, que juega papel definitivo, justifica o explica por su sola presencia la causa. Es decir, tampoco es la confianza en el cumplimiento de la obligación la causa de aquél, es algo más profundo y válido, es la razón por la cual el constituyente tiene que adoptar una fórmula altamente peligrosa y confiar en el recto comportamiento de quien se compromete a no utilizar las facultades que normalmente conlleva el derecho que se le transfiere, más que en lo que resulte preciso para conseguir la finalidad perseguida con el fiduciario. Allí, creemos, se descubre la "causa fiduciae", motivo determinante que lleva al acto o contrato.-

B.3.2 INDIRECTO.

También resulta interesante estudiar los negocios indirectos en relación con los fiduciarios.-

Ferrari entiende que son negocios indirectos aquellos en los que para lograr un efecto jurídico se utiliza un camino oblicuo, transversal, esto es, aquellos en que se recurre a un negocio para lograr una finalidad diferente a la que le corresponde como típica. Al respecto afirma Hinnestrosa que en estos negocios "por atajos se llega al resultado apetecido que no es el normal de la figura em

pleada ni constituye un efecto reflejo suyo".-

Aún cuando algunos autores han negado la existencia de los negocios indirectos como una categoría independiente, nos parece que admitiendo tal denominación para señalar simplemente la intención de las partes que buscan lograr fines atípicos mediante el empleo de negocios típicos, es claro que los fiduciarios podrían incluirse entre aquellos.-

B.3.3 SIMULADO.

En general puede afirmarse que negocios simulados son aquellos que tienen una apariencia contraria a la realidad, o porque no existen en absoluto, o porque son distintos de como aparecen.-

Para distinguir los negocios fiduciarios de los absolutamente simulados algunos autores han sostenido que "el negocio simulado se cumple para producir una apariencia, un engaño, el negocio fiduciario quiere suplir el orden jurídico incompleto o evitar ciertas consecuencias molestas que se derivan del negocio.... El negocio simulado no quiere lograr ni un resultado económico ni jurídico. El fiduciario quiere el resultado jurídico pero no el correspondiente resultado económico; ahí reside la divergencia entre el fin económico y el medio jurídico. El fiduciario

quiere el resultado jurídico pero no el correspondiente resultado económico; ahí reside la divergencia entre el fin económico y el medio jurídico empleado". Otros sintetizando el concepto anterior expresan que "mientras en la simulación absoluta las partes no tienen en cuenta ningún propósito negocial en el negocio fiduciario se intente, por el contrario lograr un fin práctico de autonomía privada, extrayendolo del elemento de hecho realizado por las partes".-

Menos clara es la distinción entre el negocio fiduciario y el relativamente simulado. De nuevo prohiendo las tesis de Grassetti podemos decir que el criterio de distinción consiste " con mas precisión, en lo siguiente: que a través de la simulación relativa las partes persiguen un objeto típico que en todo o en parte, es propio de un negocio diferente del aparentemente realizado; mientras que en el negocio fiduciario se persigue un fin atípico que no es propio de ningún tipo negocial reconocido legislativamente de forma específica y que, sin embargo, en tanto es perseguible por la autonomía privada en cuanto puede admitirse sobre la base de una valoración económica social de la relación, y atendiendo a los principios generales de nuestro derecho y en particular a los del contrato que dicho fin responde a una necesidad legislativamente reconocida...."



B.3.4 INTERPOSICION DE PERSONAS.

Esta debe descartarse en todos los negocios fiduciarios en que no haya obligación de realizar una gestión en favor de un tercero, por cuanto si la finalidad dice tan solo con el fiduciante, la existencia de sólo dos personas descarta por definición la interposición.-

Así mismo, parece por descartarse la representación directa, ya que como lo hemos visto el fiduciario ejerce derechos propios en nombre propio, mientras el representante en este caso lleva a cabo negocios ajenos y en nombre de otros.-

Cuando en cambio se trata de representación directa o del llamado mandato sin representación, propios de la comisión mercantil, en donde, como lo hemos visto, el mandatario actúa por cuenta ajena pero en nombre propio las diferencias son más difíciles de precisar por lo menos en algunos casos. En efecto, no nos parece difícil cuando se trata, por ejemplo, de un mandato para adquirir un bien, por cuanto aún dentro de la tesis sostenida por algunos según la cual el mandatario adquiere en su propia cabeza con la obligación subsiguiente de transferir al mandante, es claro que en el negocio fiduciario el transmisor es el constituyente, mientras que en este caso el transmisor del bien sería el

mandatario. Cuando en cambio, se trata de comisión para administrar o vender la similitud es evidente, por cuanto el comisionista actúa como propietario de los bienes frente a los terceros, tanto para su manejo como para su enajenación. Ahora bien, esta similitud es evidente por cuanto el comisionista actúa como propietario de los bienes frente a los terceros, tanto para su manejo como para su enajenación. Ahora bien, esta similitud cabe dentro del estudio del negocio fiduciario puro, porque es obvio que el negocio fiduciario impuro, esto es, reglamentado por la ley, son numerosas las diferencias que se establecen para distinguir la posición del fiduciario de la del simple comisionista o mandatario sin representación. Entre otras, baste anotar aquella según la cual para los negocios fiduciarios se exige alguna forma de publicidad que noticie a los terceros o les permita conocer el contenido y alcance de la relación jurídica.-

B.4 RAZON DE SER.

Para terminar recordemos tan solo que los negocios fiduciarios encuentran su posibilidad de desarrollo en la autonomía de la voluntad privada y su razón de ser en la insuficiencia legislativa para solucionar todos los problemas o finalidades buscadas por las partes dentro del arquetipo convencionalmente tipificados. Y en la medida en que el derecho se haga más amplio y más flexible abandonando fórmu

las casuistas, tal posibilidad será más clara. Esta es la razón de ser, por lo menos en las legislaciones inspiradas en el Derecho Romano. En las anglosajonas se llega a igual conclusión, pero ya no como resultado de la autonomía de la voluntad privada propiamente, sino como consecuencia de la integración jurídica efectuada por medio de la costumbre y de la jurisprudencia. Desde luego que en la medida en que las nuevas formulaciones se desatan, suelen ser recogidas por el legislador, reglamentadas y tuteladas las posiciones de las partes. A partir de ese momento será la ley la que determine el alcance y las posibilidades concretas de los contratantes. Pero recuerdese, para volver al origen, como el "use" y "el pactum fiduciae" surgieron para conseguir resultados inalcanzables por otros medios reconocidos en su momento, sólo que mientras éste desapareció al surgir nuevas formas que lo reemplazaron con ventaja, habida cuenta las finalidades para las cuales se utilizaba aquél evolucionó, se conformó como trust, con características propias, y constituye en la actualidad una forma perfectamente estructurada.-

Finalmente, advertimos, desde luego, que en veces los particulares han recurrido a la utilización de negocios fiduciarios para tratar de eludir normas prohibitivas, cargas fiscales, etc., expediente que jamás podrá ser reconocido por los jueces porque seguramente será contrario a la mo

ral o a las buenas costumbres.

C. EL TRUST.

C.1 CONCEPTO Y DEFINICION.

Luego de la breve reseña histórica sobre el trust en Inglaterra, nos limitaremos ahora a explicar con mas detalle su estructura y funcionamiento.-

Conviene transcribir ante todo la definición dada por el "Restatement of trusts", traída por Serrano, de acuerdo con la cual "es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho equidad a manejar los en beneficio de un tercero (cestui que Trust).-

Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor). Veremos como el trust puede nacer también sin intervención de la voluntad de un constituyente como cuando surge por ministerio de la ley.-

Anotemos que el término trust en lo que tiene de relación fiduciaria se emplea en una variedad de acepciones que se extienden a casos de mandato, albaceazgo, depósito tutela,

etc. figuras todas las cuales escapan al concepto de negocio fiduciario y se encuentran íntegramente reglamentadas entre nosotros, correspondiendo más bien a las relaciones "intuitu personae". La anotación es pertinente porque en los ensayos de introducir la figura en los sistemas de origen latino su funcionamiento puede resultar excesivo al abarcar más posibilidades de las requeridas, creando aparente duplicidad de figuras e introduciendo serias dificultades en su estudio. En efecto, existen legislaciones que han definido y desarrollado el concepto, precisando sus elementos estructurales, las partes que intervienen y sus obligaciones, la forma como el fideicomiso nace y se extingue, etc. mientras otras han pretendido introducir la figura autorizando simplemente a los bancos para desempeñar encargos de confianza enumerados en forma no taxativa.

Aun cuando existen numerosas definiciones agreguemos a manera de ilustración la de Powell, quien sostiene "que la idea fundamental que sustente el concepto de trust descansa sobre una base esencialmente simple, que consiste en la escisión de un derecho de propiedad por lo que hace a su administración y a su provecho económico; de acuerdo con ella, una o varias personas tienen la propiedad de ciertos bienes, los mismos que administran en beneficio de otras o para un fin determinado".-

C.2 ELEMENTOS.

Como en todos los negocios fiduciarios en general existen elementos personales y patrimoniales.

C.2.1 PERSONALES.

Las tres personas que corresponden a la figura clásica de un trust son el constituyente o settlor, el trustee y el cestui que trust o beneficiario.-

C.2.1.1 CONSTITUYENTE O SETTLOR.

El settlor es el creador del trust expreso y su función es generalmente transitoria, pues una vez aue se separa de un derecho que forma parte de su patrimonio y lo desti na a una determinada finalidad, su razón de ser deparece. Puede serlo toda persona capaz de disponer de un derecho legal o de equidad no intransferible.-

C.2.1.2 TRUSTEE.

Es de los tres el más importante. Es el fiduciario que en virtud del traspado adquiere sobre los derechos que reci be el título legal. Para hacerlo debe tener capacidad de "adquirir y retener el título legal sobre los bienes, es

tar dotado de capacidad natural y jurídica para desempeñar el trust y tener su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal competente. Su capacidad debe ser especial y variará según las necesidades y requerimientos del trust. De no tenerla, el tribunal podrá removerlo en defensa de los intereses de los beneficiarios.-

Es posible que coincidan las funciones de settlor y trustee cuando aquel se declara así mismo trustee, en cuyo caso no existe en verdad una transmisión de bienes sino más bien una separación de los mismos del patrimonio.-

De no hacerse la designación del trustee por el constituyente o de no aceptar aquél no se produce por ello la invalidez del trust, ya que de acuerdo con el principio de equidad que no permite la frustración de un trust por omisión o negativa, el trustee será designado por el tribunal.

La aceptación del trustee puede ser expresa o tácita, pero pronunciada tiene efectos retroactivos y la renuncia que intente debe presentarla ante el tribunal competente o en la forma prevista en la constitución del negocio.-

La posición del trustee dista mucho de la del propietario en el Derecho Civil y aún de la del propietario fiducia

rio dentro del negocio que estudiamos, ya que no existe para él en rigor una posibilidad de abusar. No existe, en efecto, desproporción entre medio y fin pues se trata de un negocio típico, en donde las obligaciones a cargo del trustee están señaladas por la ley y el beneficiario se convierte en propietario según la equidad con el conjunto de facultades que tal hecho implica. Para el jurista latino no resulta válida la similitud, según la cual el trustee se presenta al mismo tiempo como propietario de los bienes para algunos efectos y administrador de los mismos en favor de un tercero, para los demás.-

No se le permite alegar ninguna nulidad para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, pues en tal caso se origina un "resulting trust" hasta que se lleve a cabo la restitución de los bienes correspondientes.-

Debe velar por la conservación de los bienes ordenando las reparaciones y tomando las medidas que resulten oportunas para evitar su deterioro, manteniéndolos libres de gravámenes, pagando los impuestos y asegurando los inmuebles.- De ser insuficiente el dinero para el pago de los gastos originados en medidas conservativas puede vender parte de los bienes, con el fin de sufragarlos o solicitar créditos con la misma finalidad, previa notificación a los beneficiarios quienes pueden oponerse mediante el aporte de

los dineros necesarios para el efecto.-

No sólo está obligado a conservar el patrimonio sino a incrementar y obtener las mejores utilidades, pero sin hacer inversiones especulativas ni arriesgadas por ningún concepto. Es decir, que el incremento debe resultar de la dedicación y habilidad que ponga en el manejo de los bienes. Puede enajenarlos para reemplazarlos por otros de mayor rendimiento o seguridad, siempre que no se le prohíba, sobre la base de observar en la forma mas celosa las reglas sobre inversión de fondos.-

Tiene obligación de llevar a una rigurosa cuenta de su gestión para presentar a los beneficiarios y someterla a su consideración, a la terminación del trust. Si requiere acudir a la via judicial para defender la existencia y realización del negocio tiene que seguir el juicio a través de todas las instancias hasta su determinación.

Puede ser una persona natural o jurídica, posibilidad ésta que lo diferencia del fiduciario, en nuestras legislaciones, en donde de ordinario es una persona jurídica y con más precisión, una entidad bancaria.-

Por último, y en caso de duda sobre cualquier aspecto del encargo puede pedir consejo a un "judge in chamber" y la

aprobación de sus actuaciones cuando lo estime necesario". La vigilancia del juez es una rueda esencial en el funcionamiento del trust".-

C.2.1.3 CESTUI QUE TRUST O BENEFICIARIO.

Es aquel a cuyo favor se ha constituido o existe el trust. Su derecho se denomina "equitable state" y está protegido por principios de "derechos equidad" y no de "derecho común".-

Quienes son capaces de adquirir la propiedad legal pueden también adquirir la de equidad. También pueden ser beneficiarios los incapaces, menores, dementes, etc y en no pocas ocasiones el trust se constituye para proteger sus intereses. En los trust privados el beneficiario debe ser siempre una persona determinada. En los de carácter público el o los beneficiarios pueden ser indeterminados y serán designados por la Corte de ser necesario.-

Cuando el cestui que trust es el mismo settlor o cuando el trust se constituye para que a su muerte los bienes pasen a un tercero, recibe el nombre de "living trust". Los bienes que constituyen el trust no entran a formar parte de su patrimonio, aún cuando si ingresa el interés o derecho que éste genera respecto a los rendimientos y a la poste

rior entrega de los bienes, derecho que es por lo tanto negociable, salvo excepciones.-

En consonancia con sus derechos el beneficiario puede ejercitar un conjunto de acciones encaminadas a que el trustee lleve a cabo una operación o celebre un contrato o a que se abstenga de hacerlo; unas para obtener su remoción y otras para invocar la subrogación real, es decir, reclamar como bienes del trust los que han sido adquiridos con su dinero. También puede perseguir los bienes del trust los que han sido adquiridos con su dinero. También puede perseguirlas facultades del trustee, salvo que aquellos hayan dado una contraprestación y no conociesen la violación de los términos del trust.-

C.2.2 PATRIMONIALES.

El trust está formado por un conjunto de bienes que constituyen una unidad independiente y se afectan a un fin de terminado de conformidad con el "trust deed". Todo bien patrimonialmente apreciable puede formar parte del trust si existe en el momento de la constitución y no es intrasferible de acuerdo con la ley. Además, para que el conjunto de bienes integren el trust es necesario que el settlor se desprenda de ellos y los constituya en unidad separada, no sólo de su patrimonio sino del patrimonio del trustee

y de los bienes que éste tenga en el mismo carácter, así como del patrimonio del cestui que trust o beneficiario. De ordinario los derechos están señalados al momento de su constitución. En caso contrario, se entenderán incluidos todos los necesarios para conseguir la finalidad propuesta por el constituyente.-

El grado de ingerencia del settlor en la gestión del trustee permite que la jurisprudencia determine si se ha constituido el trust o no. De ser muy alto, estar constituido a favor del settlor y ser revocable, se entiende que los bienes jamás han salido del patrimonio de éste y no existe, en consecuencia, trust.-

No es suficiente la transferencia del patrimonio y su constitución en unidad separada. Es necesario que al mismo se le dé una destinación específica afectando los bienes a una finalidad determinada o determinable. La jurisprudencia ha considerado que si la posición del trustee es tan amplia que los Tribunales de equidad no estarían en capacidad de establecer si existe un abuso de su parte el trust no se entiende creado válidamente.-

Si la destinación se hace imposible de cumplir y el hecho no constituye por sí mismo una causal de extinción del trust, los tribunales ingleses pueden establecer una simi

lar con lo cual se entiende debidamente cumplida la intención del constituyente. Esta posibilidad resulta muy importante tratándose de trust caritativos en los cuales las circunstancias tienden a modificarse con el paso del tiempo y que de no contar con un recurso de esta naturaleza podría resultar frustrado.-

Por último, y para destacar el valor de la afectación del patrimonio como elemento cardinal de la figura, podemos recordar que "puede afirmarse que la afectación domina el desarrollo del trust; que su existencia es condición sine qua non" de la vida del mismo; que las facultades del trustee están en gran parte determinadas por ella; que los tribunales ingleses controlan celosamente su estricto cumplimiento, y que en los casos en que ello es necesario, para satisfacer mejor el fin que guió al constituyente, pueden señalar una afectación análoga, cuando la primitiva resulta inalcanzable o demasiado gravosa.-

C.3 CLASES.

Aún cuando existen numerosas clasificaciones, presentamos aquella que parece más sencilla y aceptada por numerosos autores. Según ella, y por la forma de nacer a la vida jurídica, el trust puede ser voluntario o por ministerio de la ley. Por la actuación del trustee se divide en simple

y especial. Por el interés tutelado, en público o privado.

C.3.1 VOLUNTARIO.

Puede ser expreso o implícito. El primero (express trust) como lo indica su nombre es aquel que se constituye de una forma manifiesta por el settlor. El implícito (implied trust) es aquel que se infiere de la voluntad de las partes, es decir, resulta tácitamente de ella.

El expreso puede ser ejecutado (executed trust) el cual una vez constituido no requiere para producir sus efectos ningún acto ulterior o por ejecutarse (executory trust) cuando la constitución solo es el primer paso para llevar un conjunto de actos más adelante. También puede ser imperativo (instrumental) que exige al trustee seguir rigurosamente las instrucciones del settlor o discrecional (discretionary) que confiere al trustee un amplio poder de apreciación.

C.3.2 POR MINISTERIO DE LA LEY.

Este puede ser interpretativo (constructive trust) que se impone a quien teniendo una posición fiduciaria obtiene ventajas personales de la misma o resultante (resulting) que es aquel con el cual se grava a quien tiene unos bienes destinados a formar un trust que no puede existir co

mo tal, durante el tiempo que permanece en su poder.

C.3.3 SIMPLE O ESPECIAL.

El primero equivale al antiguo "uso pasivo" consistente en hacer pasar los bienes del settlor al cestui que trust desempeñando el trustee la función de simple intermediario. Fué prohibido por la ley de usos, abrogada por la Law Property Act de 1.925. El especial impone al trustee un conjunto de obligaciones definidas y complejas encaminadas a cumplir la voluntad del settlor. Algunos autores los dividen en "instrumental" y "discretionary".

C.3.4 PUBLICO O PRIVADO.

El primero se conoce también como de caridad o beneficencia (charitable) mira al interés general y es exigible por el agente del Ministerio Público. El segundo dice con el interés de una o varias personas, pero no con el de la comunidad en cuanto no resulta directamente benéfico a los grupos sociales.-

C.4 RELACIONES ENTRE EL TRUST Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO.

Parece interesante, para concluir, señalar las diferencias más destacadas entre el negocio fiduciario y el trust.

Una de ellas radica en que mientras en el negocio fiduciario pueden reconocerse dos relaciones, así sean ellas interdependientes y busquen una sola finalidad, la estructura del trust implica la existencia de un negocio único en el cual los elementos conforman un todo oponible como tal a terceros, tanto en lo que toca con la propiedad del trustee como en lo que dice con sus obligaciones. Por ello en el trust existen garantías amplias para las partes, especialmente para el settlor, sin que se presente la posibilidad de abuso, por lo menos frente a la ley.-

También puede distinguirse en que en el trust existe una doble titularidad en relación un mismo bien o grupo de bienes, mientras en el negocio fiduciario existe un solo derecho de propiedad atribuido al fiduciario.-

Otra diferencia radica en que el negocio fiduciario resulta de ordinario de un contrato bilateral celebrado entre constituyente y fiduciario, mientras se afecta un bien en beneficio de un tercero.-

Por último, para comparar el trust con alguna forma de negocios fiduciarios del derecho Romano, podríamos decir que el negocio fiduciario "cumcreditore" sería contrario a la regla inglesa de que el trustee no puede aprovecharse de los bienes del trust.

CAPITULO III

ASPECTOS GENERALES DE LA FIDUCIA MERCANTIL.

A. NOCION.

A.1 ETIMOLOGIA.

El término fiducia deriva de la voz latina "fiducia" vocablo que significa "confianza, fé, fidelidad, atrevimiento, orgullo, presunción, depósito, fideicomiso, venta simulada, contrato ficticio".-

Otras acepciones de la voz latina "fiducia" son: "Fiducia Lengua corriente: confianza, fé seguridad, Lenguaje jurídico; Título: Lo que se confía a otro a condición de que sea devuelto, un depósito, prenda, seguridad, hipoteca". El diccionario de la Real Academia de la Lengua dice: "(Del latin Fiducia) F. ant. confianza".-

A.2 ALGUNAS DEFINICIONES DADAS POR LOS AUTORES.

Joaquin Rodriguez afirma que "El fideicomiso es un nego

cio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación de carácter obligatorio, de realizar solo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan".-

Rafael De Pina define el fideicomiso como "un negocio jurídico en virtud del cual una persona física o moral denominada fideicomitente destinada y encarga la realización de una finalidad lícita y determinada y encarga la realización de esa finalidad a una institución fiduciaria, que se convierte en titular del patrimonio de afectación integrado por aquellos bienes o derechos".-

Por su parte Cervantes Ahumada nos dice "el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin de terminado".-

En las anteriores definiciones se hace alusión a la "titularidad", al "destino" de los bienes y nunca a la transferencia, lo cual obedece a una razón lógica pues en México existe consagración legal que diferencia entre la propiedad efectiva y la titularidad del derecho de dominio, el fiduciario es titular pero no es propiamente dueño, es

precisamente por esto por lo que no goza de los beneficios de la propiedad aun cuando tiene todas las prerrogativas de dueño para lograr el fin señalado en el acto constitutivo.-

Entre nosotros no existe dicha distinción, aunque muchos han propugnado porque se consagre.-

A.3 DEFINICION DEL PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO.

El título X del proyecto del Código de Comercio "De la Fidencia" en su artículo 1.118, inciso 1o., lo define así:

"El fideicomiso es un negocio jurídico por el cual una persona transmite a otra el dominio de sus bienes o parte de ellos, con el encargo de administrarlos, percibir sus frutos, enajenarlos, o para cualquiera otra finalidad de terminada, en provecho de un tercero o del mismo transmitente".-

Este artículo tipifica una figura nueva, autónoma y distinta de la consagrada en la Ley 45 de 1.923. En esta última se consagran los negocios fiduciarios, en la primera la fiducia mercantil que implica la transferencia del derecho de dominio del fiduciante a la cabeza del fiduciario; la parte final del artículo es puramente descriptiva hace alusión a las diversas clases de fiducia que se pueden realizar, y limita el ejercicio del derecho a la con

secución de la finalidad fijada por el constituyente.

La principal diferencia de esta definición con la de nuestro actual Código de Comercio radica en que en ella no se establece que los bienes deben ser especificados lo que da lugar a que puedan ser objeto de la fiducia toda clase de bienes aun los indeterminados.-

A.4 DEFINICION DEL CODIGO DE COMERCIO.

El Código del Comercio, artículo 1226 inciso 1o. establece: "La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por constituyente en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario".-

De este artículo surge la necesidad, la obligación de que el constituyente transfiere uno o mas bienes especificados al fiduciario lo cual implica que los bienes salgan del patrimonio del primero e ingresen al patrimonio del segundo con finalidad y características especiales lo que da origen a un tratamiento diferente, pues debe considerarse le como un patrimonio fin.-

Se nos hace indispensable fijar el significado de la palabra transferencia; el Diccionario de la Real Academia de la Lengua dice: "es ceder o renunciar en otro el derecho de dominio sobre una cosa". Hay que entender que el término transferir equivale a "enajenar".-

La enajenación supone correlativamente la adquisición del derecho de dominio por parte de otra persona; para adquirir la propiedad plena se requieren el título y modo.- Entendemos por título en general, la forma de adquirir un derecho real o personal; el título por si mismo no basta para transferir el dominio, es necesaria la presencia del modo y concebimos este último como la forma jurídica de realización del título.-

Muchas son las formas de título que pueden existir, en el caso que nos ocupa el título es la fiducia; con respecto al modo el Código Civil en su artículo 673 nos dice cuales son los modos de adquirir el dominio, del estudio detallado de esta norma podemos inferir que el negocio denominado fiducia mercantil existen dos modos para ejecutarse: la tradición y la sucesión por causa de muerte el primero se realiza cuando la fiducia es constituida según la naturaleza de los bienes; la segunda por testamento.-

Consideramos pertinente anotar que la propiedad que trans

fiere el fiduciante al fiduciario no es una propiedad ilimitada en su ejercicio, pues este último puede realizar todos los actos de señor y dueño con respecto a los bienes fideicomitidos siempre en busca de la finalidad determinada por el constituyente, la cual debe ser lícita y no encontrarse prohibida por la ley; tampoco es ilimitada en cuanto al tiempo, dicha propiedad recae en el fiduciario mientras dure la fiducia, al término de ésta el derecho de dominio deberá radicarse en manos de quien se designe en el acto constitutivo, en caso de que no se señale la persona a quien se deba hacer, se devolverá al constituyente a sus herederos.-

B. NATURALEZA JURIDICA.

45740

El tema de la naturaleza jurídica ha sido tratado por muchos y muy diversos autores y estudiosos de la materia la cantidad de teorías formuladas sobre ella es consecuencia directa de la preocupación e interés que esta figura encierra en estos tiempos. En razón de ello y de que nuestro estudio no consiste en la profundización de este punto, hemos de limitarnos a la enunciación de las expuestas hasta el momento, para luego analizar la que creemos se halla consagrada en nuestra legislación.-

B.1 PRINCIPALES TEORIAS.

Las principales teorías expuestas hasta el momento son:

- a) Teoría del mandato.
- b) Teoría del fideicomiso como una especie del negocio fiduciario.
- c) Teoría del fideicomiso como un acto unilateral de voluntad.
- d) El negocio fiduciario y el negocio abstracto.
- e) El negocio fiduciario y el negocio aparente.
- f) Teorías de la titularidad del fiduciario.
- g) Teoría del patrimonio fin o de afectación.
- h) Teoría del fideicomiso como institución jurídica.
- i) Teoría del desdoblamiento de la propiedad o de la doble titularidad del dominio.
- j) Teoría del negocio jurídico.

De las teorías enunciadas trataremos brevemente las que tienen alguna relación con nuestro estudio.-

B.1.1 TEORIA DEL PATRIMONIO DE AFECTACION.

Como representantes importantes de ella figuran Brinz, Bekker y Pierre Lapaulle, Brinz hace una división del patrimonio en dos categorías: Patrimonios de personas y Patrimonios impersonales; los primeros pertenecen a un sujeto, los segundos no, se hallan instituidos con fines de terminados y tienen garantías jurídicas especiales.

La tesis de Bekker es semejante a la teoría anterior, pero distingue entre patrimonios independientes y dependientes, estos últimos son los que se hallan destinados a un fin concreto y carecen de sujeto.-

Lapaulle explica la naturaleza del Trust partiendo del concepto de patrimonio de afectación, con lo cual quiere significar un patrimonio carente de titular, afectado a un fin determinado, que exige necesariamente la presencia de un instrumento que haga posible la consecución de ese fin, en este caso el instrumento es el trustee. En desarrollo de su teoría propone su autor la siguiente definición del Trustee; "El trust es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una destinación que es libre dentro de los límites de las leyes vigentes y del orden público.-

Sobre ella se expresa así el ilustre doctrinante "Frances chelli:" Esto de decir que los bienes constituidos en fideicomiso son independientes de todo sujeto derecho, lo que equivale a decir, que no son propiedad de nadie, es una verdadera y positiva inexactitud".

B.1.2 TEORIA DEL DESDOBLAMIENTO DE LA PROPIEDAD.

La naturaleza del fideicomiso se origina en un desdoblamiento de la propiedad de donde surgen dos titulares acerca de un bien, el fiduciario tiene la titularidad y el fideicomisario la titularidad económica. Son pertenecientes a esta teoría Remo Franceschelli, Manuel Lizardi Albarran y Arturo Valencia Zea.-

La comisión revisora del Código acoge también esta teoría al comentar los artículos 1135, 1136, 1137 y 1141 del proyecto de 1.958, de la siguiente manera:

Coexistencia de una doble titularidad sobre los bienes fideicomitidos: una que implica un derecho efectivo de dominio por parte del fiduciario (Arts. 1135 a 1137) el cual aparece bajo ciertas condiciones y limitaciones, dueño de los bienes fideicomitidos, dominio que frente a terceros de buena fé, es definitivo.-

La otra titularidad es la del constituyente, a quien se concede, también bajo ciertas condiciones y limitaciones, el derecho de persecución propio del titular de todo derecho real (Arts. 1135, 1136 y 1137), y en cuyo patrimonio pueden considerarse, en ocasiones los bienes fideicomitidos, los cuales inclusive, pueden regresar a dicho constituyente (Art. 1141).-

Debemos observar sin embargo que aunque acoge la teoría

del desdoblamiento de la propiedad o doble titularidad del derecho real de dominio, radica esos dos derechos en cabeza del fiduciario y constituyente y no en poder del fiduciario y del fideicomisario como lo hacen los demás seguidores de esta teoría.-

B.2 LA FIDUCIA, UN NEGOCIO JURIDICO.

A pesar de tan diversas posiciones, consideramos que nuestro ordenamiento positivo deja bien clara cual es la postura que ha de adoptarse en cuanto a la naturaleza jurídica de la fiducia mercantil; de la lectura cuidadosa del artículo 1226, inciso 1o. del Código de Comercio que define esta figura sacamos las notas que expondremos a continuación.

La fiducia mercantil es un negocio jurídico, por tanto se nos hace necesario reflexionar sobre este punto.

De los hechos de la naturaleza y de los actos de las personas unos tienen relevancia jurídica y otros no, la distinción entre ambos estriba en que los primeros son capaces de crear una situación jurídica; la situación jurídica nos hace pensar en la relación existente entre los hechos y los actos por un lado y las normas jurídicas por otro, estas últimas tienen como objeto el regular las variadas situaciones que se presentan en la vida social.-

88

Sintetizando tenemos que se hace necesaria la presencia de un hecho o acto que cree una situación jurídica para que la norma se ponga en movimiento.-

Las situaciones, jurídicas pueden provenir de un acto, de un negocio, o de un hecho jurídico.

El acto jurídico es un acto voluntario del agente, pero los efectos que se siguen no se pueden decir que sean los requeridos por éste, sino que operan en virtud de una disposición legal.

El hecho jurídico puede consistir en un hecho humano involuntario, o en un hecho de la naturaleza que por su ocurrencia trae consecuencias de derecho.

El negocio jurídico que es el que nos ocupa, es la manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos. Estas notas se dan plenamente en la fiducia mercantil lo cual nos afianza aún mas en nuestra posición.-

Como quedó demostrado, la fiducia mercantil es un negocio jurídico: dentro de esta especie hay unos que son atípicos, esto es, que sus estipulaciones no son reglamentadas en forma legal y hay otros que son típicos o sea que han sido

objeto de reglamentación, también a este tipo pertenece la figura en estudio; esto trae como consecuencia el que sea autónomo por cuanto es distinto de cualquier otro tipo consagrado en la legislación; es oneroso puesto que reporta beneficio a las partes que en él intervienen; es solemnne; se puede constituir por acto entre vivos o por causa de muerte, si es por acto entre vivos revestirá la especie de contrato, es decir, negocio jurídico bilateral, si mortis causa, deberá constituirse mediante testamento, es decir, como negocio jurídico unilateral; por último, cabe anotar que es un negocio jurídico mercantil de contenido económico.-

C. ELEMENTOS DE LA FIDUCIA MERCANTIL.

La definición de fiducia acogida por nuestro ordenamiento mercantil en su artículo 1226 nos permite distinguir en ella tres elementos:

- El elemento subjetivo o personal.
- El elemento objetivo.
- El elemento teológico.

C.1 ELEMENTO SUBJETIVO O PERSONAL.

Este elemento está conformado por las personas que intervienen en la fiducia las cuales generalmente son tres:

90

fideicomitente, fiduciante o constituyente; fideicomisario o beneficiario, y fiduciario. Decimos que generalmente son tres porque la ley permite que el constituyente sea el mismo beneficiario y en este evento habría solo dos personas o mejor dos categorías de personas. Así mismo, al momento de la constitución de la fiducia sólo es necesario que existan fiduciante y fiduciario, el beneficiario puede no existir en ese momento pero de todas maneras tendrá que ser posible y realizarse su existencia dentro del término de duración de la fiducia para que sus fines puedan tener pleno efecto (Art. 1229 C. de Co.). Trataremos ahora de sintetizar las principales notas características de cada uno de estos tres sujetos de acuerdo con las disposiciones mercantiles al respecto.-

C.1.1 FIDEICOMITENTE O FIDUCIANTE. .

Es la persona que a través de un contrato o de un testamento transfiere uno o más bienes especificados al fiduciario para que éste los administre o enajene en cumplimiento de una finalidad fijada por el constituyente en provecho suyo o de un tercero llamado beneficiario; es decir, es la persona que constituye el fideicomiso mediante una manifestación expresa de su voluntad.-

C.1.1.1 REQUISITOS PARA SER FIDUCIANTE.

Aunque en el título X, libro 4 del Código de Comercio que reglamenta el contrato mercantil denominado "la fiducia" no se señalan las cualidades que debe tener quien ha de desempeñar el papel de fiduciante, de acuerdo con el artículo 1226 podemos afirmar que esos requisitos son fundamentalmente dos:

- a) Tener capacidad legal, para obrar, o de ejercicio.
- b) Ser propietario del bien o de los bienes objeto de la fiducia.

a) Tener capacidad de ejercicio: Esta capacidad que consiste en poder obligarse por si mismo sin el ministerio o autorización de otro, es la regla general de acuerdo con el artículo 1503 del Código Civil que dice: "Toda persona es legalmente capaz excepto aquellas que la ley declara incapaces".-

Y de acuerdo con el artículo 1504 del mismo estatuto en concordancia con los arts. 1o. y 2o. de la Ley 27 de 1977 tienen capacidad de ejercicio quienes habiendo cumplido 18 años no son dementes, ni sordomudos que no puedan darse a entender por escrito, ni disipadores que se encuentren bajo interdicción.-

La ley establece excepciones a esta regla general permitiendo la realización de ciertos actos a personas que aun no han llegado a su mayoría de edad y por eso decimos, si

guiendo al doctor Gustavo Cuello I que pueden celebrar directamente el acto de comercio denominado acto de fiducia mercantil con carácter de fideicomitentes:

- 1) Los mayores de edad (mayores de 18 años), que no sean dementes, sordomudos que no puedan darse a entender por escrito, disipadores que se hallen bajo interdicción.
- 2) Los adultos por acto testamentario, sin importar si se trata de bienes muebles o inmuebles.
- 3) Los adultos en cuando su peculio profesional o industrial y lo que respecta con sus bienes muebles requerirán de autorización judicial y de venta en pública subasta.
- 4) En lo que atañe a las personas morales estas podrán ser constituyentes de la fiducia mercantil, siempre y cuando la finalidad de la misma esté contemplada dentro de su objeto; "esté directamente relacionada con el mismo" y no importa que dentro de las actividades a desarrollar por la sociedad no se mencione especialmente la celebración del acto mercantil de fiducia, pues la capacidad está implícita en el desarrollo del principio de que las personas morales pueden ejecutar todos los negocios jurídicos que le permitan cumplir con sus objetivos, que estén di

rectamente relacionados con los mismos".

b) Ser propietario del bien o de los bienes objeto de la fiducia; este requisito es indispensable para que pueda realizarse la transferencia al fiduciario quien a partir de ella será propietario de los bienes transferidos y en consecuencia será titular del patrimonio especial que con ellos se forma.-

C.1.1.2 DERECHOS DEL CONSTITUYENTE.

Los principales derechos del fideicomitente se encuentran señalados en el artículo 1236 del Código de Comercio, son ellos:

1 - Los que se hubieren reservado para ejercerlos directamente, sobre los bienes fideicomitidos, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada. De esta manera al tiempo que se reservan ciertos derechos sobre los bienes fideicomitidos, por ejemplo el de administración se están imponiendo las correlativas limitaciones al fiduciario (Art. 1236 numeral 1o. del Código de Comercio).-

2 - Revocar la fiducia cuando se hubiere reservado esa facultad en el contrato, si la fiducia se constituye

por acto entre vivos,. Si se constituye por causa de muerte, es decir, mediante testamento, podrá siempre el fiduciante revocar la cláusula en la que conste la creación de un fideicomiso, pues de acuerdo con los art. 1057 y 1270 a 1273 del C.C., todas las cláusulas testamentarias son esencialmente revocables, excepto las relativas al estado civil de las personas como aquellas mediante la cual se reconoce un hijo natural (Art. 1236 numeral 1o. Código de Comercio).-

3 - Pedir la remoción del fiduciario al juez competente cuando se presente alguna de estas causales:

- a) Si tiene intereses incompatibles con los del beneficiario.
- b) Por incapacidad o inhabilidad.
- c) Si se le comprueba dolo o grave negligencia o descuido en sus funciones como fiduciario, o en cualesquiera otros negocios propios o ajenos de tal modo que se dude fundamentadamente del buen resultado de la gestión encomendada.
- d) Cuando no acceda a verificar inventario de los bienes objeto de la fiducia o a dar caución a tomar las demás medidas de carácter conservativo que le imponga el juez.

4 - Nombrar el sustituto cuando a ello haya lugar, es de

cir, cuando falte el fiduciario en los siguiente eventos (Art. 1236 numeral 2o. Código de Comercio).---

- a) No ha sido designado en el acto constitutivo.
- b) Fué designado pero no aceptó
- c) Fué removido del cargo por el juez.
- d) Renunció válidamente.
- e) Se disolvió y liquidó la sociedad nombrada en tal carácter".

5 - Obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, si no se hubiere previsto otra cosa en el acto de constitución (Art. 1236, numeral 3o. en concordancia con el artículo 1242 del mismo estatuto).

6 - Exigir rendición de cuentas al fiduciario (Art. 1236 numeral 4).

7 - Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario teniendo en cuenta que él responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión (Art. 1236, numeral 5o. y artículo 1243 Código de Comercio).-

8 - Solicitar al juez competente que imponga al fiduciario la obligación de efectuar el inventario de los bienes fideicomitidos o la de prestar una caución especial.

9 - Nombrar fiduciario, señalar los bienes de la fiducia, fijar el término de duración, escoger quien ha de ser el beneficiario.

C.1.1.3 OBLIGACIONES DEL FIDUCIANTE.

La principal obligación del constituyente consiste en hacer la transferencia de los bienes objeto de la fiducia en la forma indicada por la ley. Otras obligaciones son: pagar al fiduciario los gastos en que incurra y la remuneración que corresponda de acuerdo con las tarifas fijadas por la Superintendencia Bancaria y con lo estipulado en el acto constitutivo: cumplir las obligaciones correlativas a los derechos que se haya reservado en el acto constitutivo: especificar los bienes dados en fideicomiso, señalar las finalidades, designar fiduciario y beneficiario y salir al saneamiento en caso de evicción.-

C.1.2 EL FIDUCIARIO.

Es la persona a quien se hace la transferencia de uno o mas bienes debidamente especificados para administrarlos o enajenarlos en cumplimiento de la finalidad fijada por el constituyente, en su provecho o en el de un tercero por él designado. Es la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso. El fiduciario

se convierte en el titular del patrimonio constituido por los bienes o derechos destinados a la realización de tal finalidad.-

Las funciones que le corresponde desempeñar al fiduciario son de gran importancia en el desarrollo de la fiducia, su ejercicio entraña riesgos, el legislador ha restringido el acceso a la calidad de fiduciario, permitiéndoles ser tales únicamente a los establecimientos de crédito y a las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, por considerar que sólo ellos presentan suficientes condiciones de honorabilidad, eficiencia, seriedad y solidez financiera, características esenciales en quien va a actuar como depositario de la confianza del público.-

El artículo 1226 inciso 3o. del Código de Comercio establece; "Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarios". Luego cualquier establecimiento de crédito comercial, Cajas de Ahorros, etc., podría en principio realizar funciones como fiduciario si para ello cumple con los requisitos fijados en el Código de Comercio y recibe autorización especial de la Superintendencia Bancaria. Lo mismo ocurre con las sociedades fiduciarias, quienes deben tener como objeto social exclusivo la realización de la fiduciaria pero cuya forma de constitución y demás requisi

tos no fue regulada de manera específica en el Código de Comercio.

Tanto los Bancos como las corporaciones financieras habían sido autorizados ya por leyes diferentes para realizar los encargos fiduciarios descritos en la Ley 45 de 1.923; para ello era necesario que éstos establecimientos tuvieran secciones fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria.-

Luego los Bancos y las Corporaciones Financieras con sección fiduciaria debidamente, aprobada, no necesitan ninguna otra autorización especial para realizar el negocio jurídico de la fiducia mercantil. El logro mas importante del Código de Comercio en materia de fiducia consiste en haber dado a estas entidades las herramientas necesarias para realizar en la práctica lo que en teoría les estaba permitido desde 1.923.-

Resumiendo las anteriores consideraciones podemos decir que para ser fiduciario se requiere:

- a) Ser una persona jurídica especialmente calificada, ya que solo pueden serlo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias.
- b) Estar sometidos al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria quien está facultada para otorgar

la autorización especial en virtud de la cual se adquiere la calidad de fiduciario.

c) Tener capacidad de ejercicio, la cual deriva de su objeto social, para que le puedan ser transmitidos los bienes objeto de la fiducia y con el fin de que pueda cumplir a cabalidad con la finalidad señalada en el acto constitutivo.

d) Debe reunir una serie de cualidades subjetivas como son la honorabilidad, seriedad, solidez financiera y confiabilidad que la hagan merecedora de la autorización especial que se requiere para adquirir la calidad de fiduciario.

C.1.2.2 DERECHOS DEL FIDUCIARIO.

Los principales derechos del fiduciario son:

- 1 - Exigir al constituyente la transferencia del bien o los bienes fideicomitidos (Art. 1226 Inc. 1o / C.de Co).
- 2 - Reclamar el pago de los gastos en que haya incurrido y la remuneración a que tiene derecho, de acuerdo con las tarifas señaladas por la Superintendencia Bancaria y según lo pactado en el acto constitutivo (Art. 1237 C. de Co:).
- 3 - Renunciar a su gestión por los motivos indicados en el contrato o cuando ocurra una de las siguientes cau

sas justificativas, previa autorización del Superintendente Bancario.

- a) Que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir las prestaciones de acuerdo con el acto constitutivo.
- b) Que los bienes fideicomitidos no rindan productos suficientes para cubrir las compensaciones estipuladas a favor del fiduciario, y
- c) Que el fiduciante, sus causahabientes o el beneficiario, en su caso, se nieguen a pagar dichas compensaciones.

4 - Realizar todos los actos de disposición y de administración expresamente autorizados y aquellos que no le han sido prohibidos en el acto constitutivo o en la ley, y que sean necesarios para el cumplimiento de su finalidad.

C.1.2.3 OBLIGACIONES.

El fiduciario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión y tiene como principales obligaciones las siguientes:

- 1 - Efectuar el inventario de los bienes recibidos en fiducia, prestar caución especial que garantice el cumplimiento de su gestión y tomar las demás medidas conservativas que le imponga el juez a petición del fiduciante o del beneficiario o de los ascendientes de este último

en caso de que todavía no exista (Art. 1231 y 1239 numeral 4).-

- 2 - Realizar diligentemente los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia.
- 3 - Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios.
- 4 - Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca.-
- 5 - Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente.
- 6 - Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario.

7 - Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo.

8 - Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario.

9 - Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses, y

10- Las demás que se le hayan impuesto en el acto constitutivo.

La ley señala una prohibición especial al fiduciario consistente en que adquiriera la propiedad definitiva de los bienes fideicomitidos y por ello dispone en el artículo 1244.-

Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos.

C.1.3 EL BENEFICIARIO.

Es la persona que recibe el beneficio o provecho resultante del negocio jurídico de fiducia mercantil. Es aquel

quien recibe el beneficio del fideicomiso, que puede ser un familiar, un amigo, un acreedor, una institución de beneficencia, etc.-

C.1.3.1 REQUISITOS PARA SER FIDEICOMISARIO.

La ley no exige calidades especiales para ser beneficiario o fideicomisario y por tanto, basta para ser tal, el ser una persona natural o moral de lo cual se deriva la capacidad de goce que es la única que se exige a este sujeto de la fiducia mercantil, pues ella lo coloca en aptitud de recibir el beneficio derivado de la realización de los fines del fideicomiso.-

De acuerdo con el artículo 1226 del Código de Comercio, el fiduciario puede ser el mismo constituyente, pero en cambio el fiduciario no puede ser el mismo beneficiario (Art. 1244 Código de Comercio).

La ley no exige que el beneficiario exista al tiempo de la constitución del fideicomiso, pero su existencia si debe ser posible y realizarse dentro del término de duración de la fiducia, de manera que sus fines puedan tener pleno efecto (Art. 1229).-

El artículo 1230 del Código de Comercio, prohíbe los fi

deicomisos en los que el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente, es decir, en los que se señalan varios fideicomisarios sucesivos.-

Debemos anotar que el beneficiario en principio no es propietario de los bienes fideicomitidos como lo aseguran los seguidores de la teoría del desdoblamiento de la propiedad, entre ellos Arturo Valencia Zea, sino que su situación es la de "aquel sujeto de una relación jurídica que tiene un interés legalmente protegido en que el encargo asignado al fiduciario sea cumplido a cabalidad". De esta situación surgen sus derechos y obligaciones.

Debemos anotar que el beneficiario en principio no es propietario de los bienes fideicomitidos como lo aseguran los seguidores de la teoría del desdoblamiento de la propiedad, entre ellos Arturo Valencia Zea, sino que sus situación es la de aquel sujeto de una relación jurídica que tiene un interés legalmente protegido en que el encargado asignado al fiduciario sea cumplido a cabalidad". De esta situación surgen sus derechos y obligaciones.-

C.1.3.2 DERECHOS DEL BENEFICIARIO.

Los derechos del beneficiario de acuerdo con las disposiciones pertinentes del Código de Comercio son:

- 1 - Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas.

- 2 - Impugnar los actos anulables por el fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en que el beneficiario hubiera tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda.-

- 3 - Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia o por obligaciones que no los afectan, en caso de que el fiduciario no lo hiciera.

- 4 - Pedir al Superintendente Bancario por causa justificada la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interno.

- 5 - Pedir al juez competente la remoción del fiduciario cuando ocurra alguna de las siguientes causales:
 - a) Si tiene intereses incompatibles con los de beneficiario cuando ocurra alguna de las siguientes causales.
 - a. Si tiene intereses incompatibles con los del beneficiario
 - b. Por incapacidad o inhabilidad.

- c. Si se le comprueba dolo o negligencia o descuido en sus funciones como fiduciario, o en cualquiera otros negocios propios o ajenos, de tal modo que se dude fundamentalmente del buen resultado de la gestión encomendada, y
- d. Cuando no acceda a verificar inventario de los bienes objeto de la fiducia o a dar caución o tomar las demás medidas de carácter conservativo que le imponga el juez.
- 6 - Pedir al juez que imponga al fiduciario la obligación de efectuar inventario, de prestar caución especial, o de tomar las medidas conservativas del caso.
- 7 - Recibir las prestaciones de acuerdo con el acto constitutivo.

C.1.3.3 OBLIGACIONES.

Según el artículo 1232 numeral 3 del Código de Comercio es obligación del fideicomisario pagar al fiduciario las compensaciones estipualdas a su favor.

C.2 ELEMENTO OBJETIVO DE LA FIDUCIA MERCANTIL.

Este elemento, denominado también "materia de la fiducia" y objeto de la fiducia, está compuesto por el bien o los

bienes que transfiera el fiduciante al fiduciario.

Nuestra ley no exige condiciones especiales a esos bienes y por ello decimos que pueden ser objeto de la fiducia, toda clase de bienes debidamente especificados que se encuentren dentro del comercio y que sean transferibles, es decir, cuya comercialibilidad no esté limitada ni por su naturaleza ni por la ley y que no se trate de derechos personalísimos de los que se denominan inalienables o inenajenables. Pueden ser entonces "bienes incorporales, corporales, muebles o inmuebles. Pero debe tratarse de bienes específicos (nunca genéricos o de género limitado) o de cuerpo cierto o determinado, privadas y apropiados.-

En tratándose de la fiducia de administración, su objeto debe ser bienes no consumibles y cualquiera sea la especie de fiducia, si esta se constituye por contrato deben ser bienes presentes.

El bien o los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del constituyente, salen de su propiedad o dominio y se colocan en una situación especial pues constituyen un patrimonio separado cuyo titular es el fiduciario que es a su vez el titular del derecho real de dominio de los bienes y derechos que conforman ese patrimonio.

El régimen jurídico de los bienes objeto de la fiducia, consulta este principio de la especialidad del patrimonio cuyo análisis será materia de la segunda parte de este estudio, motivo por el cual no consideramos necesario extendernos en él.-

C.2.1 PATRIMONIO AUTONOMO.

Aporte de la teoría de la afectación, considera los bienes recibidos en fideicomiso como formando un patrimonio autónomo o afectado a una finalidad, en términos que no pueda confundirse con los bienes del fiduciario. Este principio se traduce en varias notas características.-

C.2.1.1 BIENES SEPARADOS DEL RESTO DEL ACTIVO.

La separación exigida es sobre todo contable y busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario ni con aquellos correspondientes a otros fideicomisos en cabeza de la entidad. Supone la existencia de cuentas separadas para cada uno de los fideicomisos con indicaciones precisas sobre el constituyente, el beneficiario, etc., en los incrementos recibidos, los cargos hechos, etc.-

C.2.1.2 EXCLUIDOS DE LA GARANTIA GENERAL DE LOS ACREEDOS

RES DEL FIDUCIARIO.

En varios lugares hemos afirmado que el patrimonio de un deudor constituye prenda general a favor de sus acreedores aunque se haya producido un ingreso de nuevos bienes cuya titularidad radica en cabeza de la entidad fiduciaria, la aplicación de la autonomía del patrimonio conduce a sostener que sus acreedores no pueden prevalerse de tal incremento ni perseguir los bienes respectivos, porque, y aquí podríamos volver al Derecho Inglés, mientras el fiduciario aparece como propietario legal, otros figuran realmente como beneficiarios pues las vicisitudes económicas que puedan sufrir la entidad fiduciaria no comprometerán la suerte de los bienes recibidos.-

C.2.1.3 EXCLUIDOS DE LA GARANTIA GENERAL DE LOS ACREEDORES DEL FIDUCIANTE.

Haciendo un paralelo con el caso anterior, la transferencia de los bienes hecha por el fiduciante al separarlos de su patrimonio impide a sus acreedores perseguirlos con una excepción, que si en cierta manera desmejora o morigerara el alcance del principio sobre la autonomía patrimonial, se explica para evitar la constitución de fideicomisos en fraude de acreedores. Tal excepción consiste en que los bienes responden por las obligaciones contraídas

por el fiduciante con anterioridad a la constitución del fideicomiso. Puede también consistir, con más amplitud, en que los bienes sirvan para responder a los acreedores de la herencia, en el caso de los fideicomisos testamentarios. Pero, salvo esta posibilidad, existen ventajas indudables a favor del fiduciante con la aplicación del principio. Tómese el caso de un acomodado hombre de negocios que trabaja, sin embargo, en una actividad de alto riesgo, quien para evitar comprometer en el futuro la totalidad de su patrimonio transfiere una parte a una entidad fiduciaria con el fin de constituir una reserva, proveer a la educación de sus hijos o cualesquiera otra similar. Si tal trastorno económico le sobreviene más tarde las acreencias que entonces puedan originarse no conferirán a sus titulares derecho alguno sobre los bienes transferidos en fideicomiso.-

C.2.1.4 EXCLUIDOS DE LA GARANTIA GENERAL DE LOS ACREEDORES DEL FIDEICOMISARIO.

Si el fideicomisario no es propietario y de ordinario tiene a lo más una expectativa sobre la transmisión de los bienes y/o recibe sus frutos en forma periódica, sus acreedores no pueden pretender derecho alguno sobre los bienes en fideicomiso aunque, desde luego, sí les cabe embargar los frutos producidos por ellos que le estén destinados.

111

En este último supuesto porque se trata de derechos patrimoniales en su cabeza que por tal razón responden por las acreencias a favor de terceros.

C.2.2 GARANTIZAN LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS PARA CUMPLIR EL FIN.

Si se establecen disposiciones tendientes a preservar la autonomía del patrimonio contra ataques de terceros acreedores de las partes no puede, sin embargo, hacerse lo propio cuando se trata de obligaciones válidamente contraídas para la obtención de la finalidad prevista en el acto constitutivo. Como veremos, el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo salvo aquellas que se hubiese reservado el fiduciante o que le fuesen prohibidas por mandato legal. Pero, de no existir la restricción o expresamente facultado para ello, si adquiere obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo, lo lógico es que tales obligaciones que den directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de eventual limitación en sus funciones o de la adopción de conductas censurables a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes.



C.2.3 DEBEN RETORNAR AL FIDEICOMITENTE.

Al término del fideicomiso los bienes deben regresar al fideicomitente o a sus herederos si otra cosa no se ha establecido. Esto significa que, salvo aquellos casos en que por excepción el fideicomiso puede celebrarse a término indefinido, lo normal es que exista un plazo de vencimiento y como el fiduciario no puede en ningún momento hacerse dueño de los bienes, según la regla general, éstos deben pasar a alguien, retornando al fideicomitente si cosa distinta no se ha previsto por el fiduciante.-

Una disposición interesante que existe en algunos países es la de que, en caso de devolución de los bienes cuando se tratare de inmuebles, y diríamos de todos aquellos que han debido transferirse con ciertas formalidades, bastará que la institución fiduciaria asiente en el documento la declaración y que ésta se inscriba en la respectiva oficina de registro. De donde resultaría que la transferencia del inmueble en devolución, que de ordinario debía hacerse por escritura pública, sería realizada por ese simple expediente.

C.3 ELEMENTO TELEOLOGICO.

El fideicomiso se crea para el cumplimiento de unas fina

lidades determinadas por el fiduciante en el acto constitutivo; son precisamente esas finalidades las que integran este elemento de la fiducia mercantil, las cuales deben ser lícitas, posibles, determinadas y realizables. Constituyen ellas la principal limitación que tiene el fiduciario en el ejercicio de sus facultades. Es ilícito el fin que es contrario a las leyes, al orden público, o a las buenas costumbres. Es imposible el fin que no puede existir por ser incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que deba regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización. No será válido el fideicomiso si no se determina en forma concreta, el fin que se persigue a través de su constitución".

Los fines que pueden ser de múltiples clases, nos indican la gran cantidad de negocios económicos, sociales, financieros, fiscales, familiares, culturales, laborales, etc., que pueden realizarse a través de la fiducia. "El Trust puede ser utilizado para cualquier fin que no sea ilícito o contrario al orden público. Las obligaciones del fiduciario pueden ser cualesquiera que el fideicomitente tenga a bien imponerle. Los beneficios del fideicomisario pueden ser los que el constituyente quiera conferirle. Los fines para los cuales pueden instituirse un Trust son tan ilimitados como la imaginación de los abogados".

D. ESPECIES DE FIDUCIA.

Los elementos de la fiducia nos permiten apreciar la gran cantidad de especies de fiducia mercantil que pueden realizarse de acuerdo con nuestra legislación y que se pueden sintetizar en el siguiente cuadro:

ESPECIES DE FIDUCIA

Bienes In-
corporales.

- Derechos de Autor
- Patentes de inven-
ción
- Marcas
- Dibujos y Modelos
Industriales.

Bienes Cor-
porales.

Inmuebles

- Rurales
- Urbanos
- Por naturaleza
- Por adhesión

Muebles

- Por naturaleza
- Por anticipación
- Registrados

Según Contenido

De simple
Administra-
ción.

- Limitada
- Libre

De excedente
de la simple
Administra-
ción.

- Limitada
- Libre.

Según hecho
jurídico.

Testamentaria

Contractual.

Según Modali-
dad.

Sujeta a Condi-
ción

- Suspensiva
- Resolutoria.

Sujeta a plazo.

ESPECIES DE FIDUCIA

SEGUN SUJETOS

Constituyentes.

Persona Natural.

Persona Moral

De Derecho Público

Religiosa

De Derecho Privado

Con animo de lucro

Sin animo de lucro

A título gratuito.

A título oneroso.

Fiduciarias.

Establecimientos de crédito (Secciones Fiduciarias).

Bancos

Corporaciones Financieras

Corporaciones de Ahorro y Vivienda

Cajas de Ahorro.

Sociedades Fiduciarias.

A favor de personas naturales

Capaces

Incapaces

Nasciturus

Concipiendus.

A favor de personas morales

De Derecho Público.

Religiosa

De Derecho Privado.

Beneficiarios.

A favor de un tercero (capaz o incapaz)

A favor del propio constituyente (capa)

E S P E C I E S D E F I D U C I A

SEGUN
FINALIDAD

Para asegurar la educación de me
nores.

Para asegurar la pensión alimenti
cia.

Para asegurar los gastos de hospi
talización y curación de enfermos.

Para asegurar la utilización de un
seguro de vida.

Para asegurar la inversión de las
reservas de una sociedad o empresas,

Para asegurar el cumplimiento de los
objetivos de una entidad de benefi
cencia, fundación o corporación, etc.

Fideicomiso de Inversión.

Fideicomiso de Administración.

Fideicomiso de Garantía.

E. FORMALIDADES DE LA FIDUCIA MERCANTIL.

Las solemnidades que deben revestir la fiducia constituyen su elemento externo.

Nuestro sistema jurídico permite que la fiducia se constituya bien por acto entre vivos o bien por causa de muerte. Si se constituye por acto entre vivos la fiducia reviste la forma de contrato, el cual tiene como requisitos esenciales para su existencia el consentimiento, el objeto y la forma solemne.

Esta forma solemne consiste en que la fiducia consta en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes.

Consideramos que la exigencia del registro opera para toda fiducia, cualquiera sean los bienes sobre los que versa, inmuebles o muebles y estos de obligatorio registro o no, lo que varía es el sitio donde deberá hacerse el registro pues si se trata de inmuebles se hará en la oficina de instrumentos públicos, si de muebles de obligatorio registro se hará en la oficina correspondiente el registro naval, el aeronáutico, el automotor, etc. y si de otros mue

bles, la obligación del registro se cumplirá en la Cámara de Comercio, cuando de estos últimos se trata el registro no es elemento esencial de existencia o validez sino simplemente es necesario para la publicidad y por tanto la sanción por la omisión del registro será la inoponibilidad ante terceros. Sobre el registro de la fiducia nos dice el tratadista José Ignacio Narvaez: "Con posterioridad a la matrícula de los comerciantes, estos deben inscribir múltiples actos y documentos con el fin de que sean conocidos por los terceros en general" y continua el autor "están sujetos a registro no solo las personas y entidades e innumerables actos, libros y documentos a que alude el Título III del libro primero, sino también entre otras en las siguientes situaciones mencionadas en el Código de Comercio.-

46. El contrato de fiducia celebrado entre vivos deberá constar por escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes, vale decir, que si estos son bienes mercantiles deberá inscribirse en el registro mercantil (Art.1228).

Las razones que sirven de base a esta afirmación son fundamentalmente las siguientes:

a) La redacción del artículo 1228 no da lugar a una inter

pretación diferente pues al decir"...en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes", está utilizando una forma imperativa que indica que la fiducia debe registrarse siempre, pero que ese registro se hará dependiendo de la naturaleza de los bienes en las diversas oficinas de registro que para tal efecto existen.-

b) Los efectos jurídicos de un patrimonio especial son tan grandes que es necesario un sistema de publicidad como el registro para que los terceros conozcan su existencia y no incurran en errores cuando contraten con el titular de ese patrimonio especial, es decir, con el fiduciario.

c) La fiducia mercantil implica necesariamente la transferencia de un bien o de unos bienes debidamente especificados. Si esos bienes son inmuebles o muebles registrados para que la transferencia se perfeccione se requiere la tradición y esta consiste en la entrega física y jurídica de la cosa, la entrega jurídica se realiza mediante el registro y en consecuencia no tendría el legislador por que haber establecido para un contrato especial un requisito que ya había exigido para todos los contratos o actos que implican transferencia de bienes cuando estos son inmuebles o muebles registrados. Luego la solemnidad del registro señalada en el Código de Comercio, debe cum

plirse en todos los contratos de fiducia mercantil y no sólo en los que tengan por objeto bienes inmuebles o bienes muebles registrados.-

Si la fiducia se constituye por causa de muerte, revestirá la forma de testamento y este, de acuerdo con el artículo 1055 del Código Civil, es "un acto menos solemne en virtud del cual una persona dispone de todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva".

El testamento como negocio jurídico que es, debe reunir los requisitos exigidos para su existencia a saber: la voluntad manifiesta, el objeto y la forma solemne.

De acuerdo con lo anterior el testamento es siempre un acto solemne a veces mas, otras menos, dependiendo de las circunstancias específicas en que se otorgue, por lo cual la fiducia reviste siempre forma solemne.-

F. EXTINCION DE LA FIDUCIA.

El artículo 1240 del Código de Comercio consagra las causas de extinción y dispone que además de estas, lo serán también las establecidas en el Código Civil para la extinción de los fideicomisos.

Dice el artículo 1240 del Código de Comercio, son causas de extinción del negocio fiduciario, además de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso las siguientes:

1 - Por haberse realizado plenamente sus fines.

Toda persona al contratar o al hacer testamento busca fundamentalmente que a través de contraer obligaciones se consiga la finalidad perseguida, dicha finalidad solo tiene como limitaciones el que no sea contraria a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres; además de esto, en la fiducia, los actos que realice el fiduciario deberán perseguir el fin que el constituyente haya señalado en el acto constitutivo. Si los fines se han realizado plenamente, pues se han logrado los objetivos propuestos, es evidente que el negocio jurídico de la fiducia termina.

2 - Por imposibilidad absoluta de realizarla.

La imposibilidad puede ser física, moral y legal. La física se da cuando la realización se hace quimérica por ser contraria a una ley de la naturaleza, la moral aparece por la incompatibilidad existente entre la práctica y el orden ético y la legal proviene de una prohibición legal

la cual hace que sea un obstáculo insuperable para su realización.

La imposibilidad puede ser anterior o coetánea a la celebración del contrato en cuyo caso éste sería inexistente, pero si como en el evento que estudiamos, sobreviene por causas ajenas a la voluntad, esta podrá darse tanto en los medios como en los fines, si ocurre en lo primero no se tendrán instrumentos a través de los cuales se pueda realizar el fin, habrá entonces sustracción de materia si el fin fuere el que se hiciere imposible, ocurrirá la misma situación.

3 - Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley.

El contrato es ley para las partes y por consiguiente si se ha fijado un término para la duración de éste, debe sujetarse a él, la ley prohíbe los negocios fiduciarios que tengan una duración mayor de 20 años, se exceptúan los fideicomisos constituidos en favor de incapaces, y de entidades de beneficencia pública o utilidad común, los celebrados por un plazo mayor serán válidos hasta los 20 años (Art. 1230 numeral 3o. C. de Co.).-

Así pues, como está establecido, si las partes pactan por un término menor de veinte años se deberán ceñir a él, si

por uno mayor se reducirá a los 20 años, con las excepciones anteriormente expuestas.

4 - Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual está sometido.

Una de las modalidades a la cual pueden estar sujetas las obligaciones es la condición, que puede ser de dos clases. Suspensiva, que es un hecho futuro incierto física y legalmente posible del cual depende el nacimiento de un derecho o de una obligación, y la resolutoria, consistente en ese mismo hecho pero del cual depende la extinción de la obligación, así pues, si se ha cumplido la condición resolutoria, la obligación se extingue.-

5 - Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia.

Consideramos un error consagrar el no cumplimiento de la condición suspensiva una causal de extinción, pues si como hemos visto de ella depende el nacimiento de una obligación y ésta no se cumple, lo que realmente sucede es que ella no ha nacido o sea es inexistente, y por tanto es carente de efectos, contemplar una obligación que no existe como causal de extinción es abiertamente una falta.

6 - Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya, sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción.

Existe libertad para contratar: si en el acto constitutivo se han señalado como causas de extinción las anteriores, y teniendo en cuenta el principio de que el contrato es ley para las partes, resulta lógico que dicha causal tenga efectos.

7 - Por disolución de la entidad fiduciaria.

En el negocio fiduciario aparecen tres personas, sin embargo en principio es necesaria la presencia de dos, pues el fiduciante puede ser al mismo tiempo beneficiario, el fideicomisario no es necesario en el momento de constitución pero debe ser posible o realizarse dentro del término de duración de la fiducia, para que se cumplan los fines.

El fiduciario es parte muy importante dentro de la fiducia, tanto que por ello se le exigen calidades especiales, si desaparece una de las partes del negocio y una parte tan fundamental es obvio que se termine la fiducia.

8 - Por acción de los acreedores anteriores al negocio fi

duciario.

El artículo 1227 del Código de Comercio dice: "Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.

Al principio enunciado en el artículo anterior se consagran dos excepciones: primera si la constitución se ha hecho en fraude a los acreedores, estos tienen acción pauliana para hacer reintegrar esos bienes al patrimonio del fiduciante; segunda, si a pesar de no ser hecha la transferencia en fraude, los bienes estaban afectados a obligación anterior, los acreedores tienen acción de impugnación del acto con la misma finalidad; en uno y otro caso si las acciones prosperan, se pierde uno de los elementos de la fiducia, el objetivo, esto es, los bienes objeto de la misma.-

9 - Por la declaración de nulidad del acto constitutivo.

Si con posterioridad a la constitución de la fiducia dicho acto se declara nulo por cualquiera de los motivos que a ella dan lugar, se produce la extinción del negocio.

10 - Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario.

En desarrollo del principio de que las cosas se deshacen como se hacen, puede llegarse a un acuerdo entre constituyente y fideicomisario, por razones diversas, para dar por terminada la fiducia pero por dicho acto no podrán perjudicarse en forma alguna los derechos adquiridos por el fiduciario.

11 - Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho.

Si en el momento de la celebración del negocio el fiduciante se reserva dicha facultad, la podrá ejercer cuando lo estime conveniente y a ella deberán sujetarse tanto el fiduciario como el beneficiario.

El artículo 1240 del Código de Comercio amplía las causas de extinción a las contempladas en el Código de Civil para los fideicomisos: dichas causales se hallan establecidas en el artículo 822 que a su tenor dice:

El fideicomiso se extingue:

1. Por la restitución.
2. Por la resolución del derecho de su autor, como cuando

se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retrovendo, y se verifica la retroventa.

3. Por la destrucción de la cosa en que está constituida.

Conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el artículo 866.

4. Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución sin perjuicio de los derechos de los sustitutos.

5. Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único beneficiario.

No encontramos razón alguna para que las causales del Código Civil se hagan extensivas a la fiducia del Código de Comercio pues como hemos visto consideramos que la propiedad fiduciaria contemplada en el primero es esencialmente diferente a la fiducia mercantil, la cual como también a notamos anteriormente es una figura típica mercantil, de contenido puro y netamente económico, autónomo por tanto, con características propias y cuyo régimen entonces seguirá los lineamientos del Código de Comercio quien de tal manera lo considera y consagra.-

CAPITULO IV.

PERSPECTIVA PRACTICA DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.

Hemos querido en este capítulo traer algunos aspectos teóricos a la realidad práctica del negocio que nos ocupa, aunque el tema es extenso se tratará de hacer una sinopsis concreta a nuestras figuras.-

A. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION.

DEFINICION: Son aquellos en que se transmiten los bienes a la Institución fiduciaria, pero para la sola finalidad de que los administre en forma adecuada y los productos o rendimientos que la administración de los mismos produzca, los aplique en la forma y términos que el fideicomitente haya ordenado ya sea entregándoselos a éste, acreditándolos a terceros, reinvirtiéndolos, o dándoles cualquier otro destino.-

Hay que distinguir entre el contrato de fideicomiso de administración en el que el fiduciario recibe la propiedad fiduciaria de los bienes, aún cuando la finalidad sea únicamente que los administre y el mandato de administración que el interesado puede otorgar a la entidad fiduciaria y en el que no hay transmisión de los bienes que van a ser objeto de la administración, aunque por ambos medios se logran los mismos propósitos.-

En el primer supuesto la entidad fiduciaria obrará en el desempeño de las funciones que le sean encomendadas, en nombre propio, pero por cuenta del fideicomitente, mientras que en el segundo, lo hará siempre en nombre y representación del mandante.-

Además son dos situaciones que aunque producen los mismos efectos, pueden tener consecuencias jurídicas distintas, dicho a manera de ejemplo: mientras los bienes fideicomitados ningún tercero o acreedor podrá embargarlas por deudas del fideicomitente, aunque al hacerlo respeta los derechos que en este tenga como tal el fideicomitente, incluido el consistente en revocar el fideicomiso y exigir al fiduciario la reversión de los bienes.-

En cambio si los bienes han sido solamente materia de un mandato de administración, entonces son susceptibles de

secuestro por acreedores del mandante, puesto que este caso no habrán salido de su patrimonio.

FIDEICOMISO DE INVERSION.

No son sino una especie de los fideicomisos de administración, solamente que lo que se fideicomite es siempre dinero.

En nuestra legislación hay una restricción dada por la ley 45 de 1.923 en su Art. 111 que dice: Que ninguna corporación distinta de los establecimientos bancarios que hayan sido debidamente autorizados para tener sección fiduciaria, de acuerdo con esto, podrán ejercer las facultades de recibir depósitos de dinero, seguridad en otros bienes de cualquier persona o corporación en calidad de fideicomiso. Pero en la CIRC. EXT. No. A.8.052878 se dan instrucciones sobre el manejo de las secciones fiduciarias de los bancos que al mismo tiempo restringe la actividad por las siguientes circunstancias: Por considerar que en visitas realizadas en secciones fiduciarias de establecimientos bancarios, se ha hecho evidente que con frecuencia su manejo y funciones conformándose de esa manera, practica violatoria de la ley que, de persistir y generalizarse puedan ocasionar serias perturbaciones en el sistema bancario y financiero del país.-

A groso modo se pueden enumerar unas practicas que desbor

dan el comercio legal de las secciones fiduciarias y desvirtúan ostensiblemente sus funciones:

1) Recepción de dineros en mutuo comercial o en depósito, o bajo contratos de mandato sin representación administración y otras formas contractuales que en realidad reflejan un mutuo o depósito de dinero.

2) Conformación de un sistema sustitutivo de garantía y avales en moneda legal, sobre contratos de mutuo, los que se hallan prohibidos para el sistema bancario.

3) No se está limitando la responsabilidad del establecimiento bancario o su propia culpa en el ejercicio de su cargo, sino que se está respondiendo a los fiduciantes, mandantes y comitentes del eventual incumplimiento de los deudores y emisores por los créditos que otorguen por los valores que adquieren.

4) La celebración a través de la sección fiduciaria, de operaciones que son propias de otras secciones o departamentos del establecimiento bancario.

Es así que textualmente el decreto 2462/80 dice: "Con el fin de evitar tales prácticas descritas en los anteriores renglones y buscando que las secciones fiduciarias de los

establecimientos bancarios y de las corporaciones financieras, se ciñan a la ley, se pide encarecidamente que se ponga la mejor atención y cumplimiento a las observaciones e instrucciones que a continuación se formulan:

1) La ley bancaria atribuye a los bancos la facultad de prestar algunos servicios especiales a través de las secciones fiduciarias. En virtud de la especialidad que la ley exige a cada sección, no es posible que una de ellas sustituya a otra pues la diversidad que la ley 45/23 establece en dicha materia, procura que unos y otros se complementen para bien de las entidades y de la clientela que de ella se sirve. De esta manera no es ajustado a la ley que a través de la sección fiduciaria se reciba...."

FIDUCIA DE ADMINISTRACION E INVERSION.

Dentro de este marco trataremos de aplicar algunos puntos donde la entidad designada como fiduciaria, desempeñará el encargo haciendo énfasis en la administración del patrimonio aspecto del encargo, y las consecuentes inversiones que fuesen necesarias para el cabal cumplimiento de sus obligaciones.

A.1 TUTELA Y CURATELA.

No se trata aquí de reclamar por el desaparecimiento de las instituciones que habían sido creadas básicamente para la protección de los incapaces.

Sin embargo, la concepción de la figura que realmente es bien diseñada desde el plano teórico, resulta en la mayoría de los casos prácticos insuficientes para atender en correcta forma sin perjuicio del patrimonio del pupilo, dada la gran cantidad de circunstancias que hacen bastante compleja la administración en el terreno práctico, no es que sostengamos que las figuras de curatelas y tutelas deben desaparecer en forma completa del ordenamiento jurídico pues dentro de las funciones que pueden realizar las entidades fiduciarias que eventualmente las reemplazaría no quedan tampoco suplidos algunas de las funciones del tutor o del curador.

El concepto del estudio al actual informe es que la entidad fiduciaria puede entrar a reemplazar seguramente con mayor éxito y responsabilidad que los tutores y curadores. En cuanto a la administración de los bienes se refiere pero los anteriores continuarán en el ejercicio de las funciones que la ley señala y como atribuciones de tipo personal y moral en favor del pupilo que evidentemente no puede desempeñar la sociedad fiduciaria.

Además de los incapaces señalados en el ordenamiento civil que requieren el nombramiento del tutor o del curador, existen otros mayores de edad, y calificados con una plena capacidad entre la ley pero completamente ineptos para el manejo de su propio patrimonio.

La entidad, que pueda obtener la calidad de fiduciaria, según la ley, que goce de confianza de las personas por su idoneidad, seriedad, en el conocimiento del manejo financiero y el movimiento comercial, con la ventaja adicional de ser vigilada por la Superintendencia Bancaria ofrecería las mejores perspectivas a través del negocio fiduciario para el manejo de cualquier tipo de bienes.

A.2 FIDEICOMISO PARA RESOLVER EL ESTADO DE QUIEBRA O LIQUIDACION.

El procedimiento de la quiebra se da cuando se presenta el estado de insolvencia de una persona natural o jurídica comercial en la mayoría de los eventos se da perjudicando tanto a acreedores como deudores'.

Estos perjuicios se pueden evitar en gran medida utilizando el negocio fiduciario, designando una entidad que realice dichos actos, ya se trate de una liquidación voluntaria o forzosa para hacer que la empresa en trance salga

adelante y no caiga al vacío. Se le da a la entidad fiduciaria para que la administre con debida diligencia el respectivo patrimonio con el encargo principal de pagar a los acreedores constituidos, las obligaciones contraídas por el deudor en insolvencia. Esta alternativa permite un margen temporal más amplio para el reconocimiento de los respectivos créditos y para llevar a cabo sin apresuramientos en el proceso judicial, la venta del activo en forma que proteja a los derechos de ambas partes, esto es acreedor y deudor.

El fiduciario como recibe la titularidad de los bienes del insolvente da con su Good Will y su reputación, prestigio la confianza necesaria dentro del comercio o tráfico jurídico y económico que le permite obtener los bienes del máximo rendimiento posible, hecho que no se lograría llevando a cabo el procedimiento común de la quiebra.

A.3 FIDEICOMISOS EN ADMINISTRACIONES VARIAS.

Existe una tendencia generalizada de las empresas comerciales en independizar de los negocios propios al objeto social la administración de fondos creados especialmente en beneficio de sus empleados y trabajadores inclusive en algunos países como México, algunas sociedades que han decidido dar participación en las utilidades de la empresa

a sus trabajadores han recurrido a la formación de fidei comisos. Con el traspaso de las respectivas acciones a una entidad fiduciaria y designando a los trabajadores como beneficiarios de la propiedad y absoluta de los títulos, pues mediante el fideicomiso se obtiene la finalidad perseguida que es la de dar participación en los ingresos de las compañías y se impide que los trabajadores tengan ingerencia directa en la administración como titulares de acciones creando numerosos inconvenientes.-

Algo parecido puede suceder también con el patrimonio de algunas entidades tales como Hospitales, escuelas, iglesias y fundaciones pues se recurre a la fiducia para que la entidad especializada obrando como fiduciario administre sus respectivo patrimonio evitando los grandes fraudes en la mayoría de aquellas instituciones de utilidad común (96).-

A.4 ENCARGO FIDUCIARIO PARA LA EMISION DE TITULOS DE CREDITO.
DITO.

Teniendo en cuenta que cuando se realicen emisiones de cualquier clase de títulos de crédito por una entidad oficial o privada se puede recurrir a una entidad fiduciaria o un banco para que actuando como fiduciario, garantice no solo el cumplimiento de las formalidades indicadas y

necesarias para la respectiva emisión, sino también de que las garantías respectivas queden debidamente constituidas, cuando que la inversión de los fondos captados con la emisión se realice en los términos pactados, recibir los pagos de los respectivos suscriptores, actuar como representante de los tenedores del título y en algunos casos para que sea más fuerte la garantía, se puede estipular que la sociedad fiduciaria sea, en caso de incumplimiento la liquidadora irrevocable de los respectivos créditos y en fin todos aquellos encargos que se le quieran atribuir para darle mayor confianza al inversionista y lograr una mayor captación de recursos para la sociedad emisora.-

B. FIDUCIA TESTAMENTARIA.

C

Por medio de esta clase de fiducia una persona incorpora en su testamento la condición de que a la muerte los bienes que forman su patrimonio y que van a ser parte de la sucesión por causa de muerte, una vez sean distribuidos conforme a su voluntad y de conformidad a las reglas de la sucesión testada se transmiten a una sociedad fiduciaria para que dentro de un lapso determinado que no exceda de veinte años, administre todos los bienes que conforman su patrimonio, siendo los herederos los beneficiarios de las rentas y productos que se perciban en la administración hasta la llegada de un término o condición en donde la en

idad estará obligada, por la extinción del fideicomiso a efectuar el traspaso de dominio de los bienes a los herederos quienes por ese evento se convierten en definitivos propietarios-.

Esta práctica trae consigo muchas ventajas, citaremos las siguientes:

Por medio de la fiducia testamentaria se puede llegar a evitar que herederos irresponsables o ineptos dilapiden el patrimonio recibido del causante en poco tiempo porque es posible.

Con el negocio fiduciario se les permitirá a los herederos, investidos por la calidad de beneficiarios, que gocen de las rentas producidas por el patrimonio potencialmente herederos sin exterminar el capital.

Otra de las ventajas que podemos anotar al fideicomiso constituido por testamento es la de que una vez entregado el patrimonio el causante a una entidad fiduciaria responsable, se conserva el sentido de unidad en la explotación económica factor que juega un papel preponderante en algunos bienes económicos explotados. Frecuentemente una vez fallecida la persona que daba e insinuaba esa unidad, los herederos proceden a hacer la respectiva división de bienes, cosa que irá en detrimento de la unacad económica

creada por el causante y por consiguiente en perjuicio de los mismos herederos.-

La entidad fiduciaria conservará esa unidad en la explotación, permitiendo a los herederos que con el beneficio percibido logren realizar inversiones de capitalización que les permita una concluido el negocio fiduciario, disolver la unidad sin pérdidas notables.-

Sin embargo, en forma paralela a la fiducia constituida mortis causa es aquella que para ser relevante al descenso esto es, nacer a la vida jurídica requiere la muerte del fideicomitente o fiduciante y la capacitación del fiduciario; y además de involucrarse en testamento existe la modalidad de fiducia constituida por acto entre vivos que nace, por intermedio de un acuerdo de voluntades que trasciende en contrato.-

Como dentro de cualquier contrato de derecho privado el principio imperante es el de libre modificación de voluntad de las partes (patrocinado por el art. 52 C.N.), no podemos imaginar sin mayor dificultad un contrato de fiducia mercantil en donde se estipule por parte de constituyente que lo viene aportando en fiducia y que por tanto se encuentra en dominio del fiduciario se traspase a la muerte del constituyente del fideicomiso.-

De esta modalidad que ofrece la fiducia mercantil por ac

to entre vivos se desprende consecuencias de marcada importancia y señalaremos los siguientes:

Empleando el acto entre vivos que es el contrato se han hecho surgir efectos post mortum sin que por ellos nos encontremos en una sucesión.

Esto implica no solamente que el constituyente del fideicomiso entre vivos puede esquivar el procedimiento tan dilatado como es el sucesoral e incluyendo o no a sus legítimos herederos sin que también puede evitar el pago completo de impuestos sucesorales.-

Esto que se ha expuesto en opinión del estudio hace notablemente más atractivo en un negocio fiduciario constituido entre vivos que el constituido por testamento lo que el uso de esto sea relativo.-

C. ANALISIS DE LA FIDUCIA Y MERCADO ANDINO.

Colombia inició su proceso de integración desde hace algunos años, formalizando su incorporación desde el panorama constitucional, el denominado Acuerdo de Cartagena.

En desarrollo del art. 3 de la decisión 24; literal A) que hace referencia a las medidas y mecanismos que desean adoptar los países para alcanzar adjetivos de acuerdo, se

adoptó para lograr la organización de políticos, económicos y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales, el régimen común de tratamiento a las capitales extranjeras plasmando en la decisión 24 de la comisión del acuerdo, órganos máximos a quien corresponde formular la política general del acuerdo y adoptar las medidas que se consideren necesarias para el logro del objetivo (97).

La (97) Acuerdo de Cartagena, Cap. II, seg. a art. 6 y 7 decisión 24 vigente en Colombia después de haber tenido algunos problemas de índole constitucional prevee que los beneficios y ventajas que se derivan del programa fidero ción del acuerdo de Cartagena. (Decisión 24 acuerdo de Cartagena Art.6).-

Solo podrán ser aprovechados por aquellas inversiones que la misma decisión califica como nacional o mixta esto implica que la inversión extranjera (98) que no celebre con vención en país receptor de transformación nacional o mix ta no podrá gozar bajo ningún punto de los beneficios de mercado ampliado (99).-

(98) Decreto 24 art. 28 "Las empresas extranjeras actualmente existente.... que dice gozar de las ventajas derivadas del programa de liberación.... desean comunicar con el organismo nacional competente dentro de los tres años siguientes, a la entrada en vigencia del presente régimen

su transformación en empresas nacionales o en forma gradual y progresa con las modalidades del art.31.

(99) Decisión 24, art. 1o. Empresas nacionales: La constituida en el país receptor y cuya capital pertenezca en más del 80% a la inversión nacional, siempre que a juicio de organismos competentes esa proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa. Empresa mixta la constituida en país receptor y cuya capital pertenezca a inversionistas internacionales en una proporción que fluctúa entre el 51 al 80%.

Siempre que... "inversión extranjera. Aquella cuyos capitales pertenecientes a inversionistas nacionales es inferior del 15% o cuando siendo superior.... ese porcentaje no se refleje en la dirección técnica, administrativa, financiera y comercial de la empresa.

Las empresas extranjeras que deseen convertirse en mixtas o nacionales pueden celebrar un contrato de fiducia mercantil con una sociedad financiera o un banco nacional para que éste último obrando como fiduciario se obligue a vender las acciones que el constituyente le transpase por el acto de constitucional del fideicomiso en un determinado plazo y en un porcentaje igual o superior del 54% en adelante, que es la proporción que exige el régimen común de

tratamiento a las capitales extranjeras (100) y que a su vez se entregue los beneficios en la empresa extranjera como lo permite nuestra legislación comercial en su artículo 1228 inciso 2 código de Comercio.-

Por el contrario el contrato de fiducia así celebrado en empresa extranjera queda convertida, inmediatamente, en una vez formalizado el acto, en empresa mixta o nacional dependiendo el número de acciones que se hubieren traspasado al fiduciario (Sociedad fiduciaria nacional o banco nacional en su sección fiduciaria).

El fiduciario, una vez celebrado el contrato, recibe la plena titularidad de los bienes fideicomitidos, en este caso las acciones de la compañía extranjera que realizarán por tratarse de un acto de enajenación del respectivo traspaso, implicando lo anterior que ante la realidad jurídica el nuevo propietario es un Banco Nacional o una sociedad fiduciaria que ostenta la misma calidad haciendo que la compañía extranjera cumpla desde ya con los requisitos exigidos para gozar de las ventajas del programa de la liberación.

D. FIDUCIA DE GARANTIA.

Este fideicomiso es el que constituye un deudor sobre de

terminados bienes o derechos de su propiedad para garantizar a sus acreedores el pago oportuno de sus créditos o de una obligación. Esta especie de contrato ha tenido gran acogida y desenvolvimiento en México, consiste como su nombre lo indica a todas luces en garantizar el cumplimiento de una obligación a través del fideicomiso.

Con ese objeto, el fiduciante, que para el efecto es deudor, constituye un fideicomiso transmitiendo, como ocurre en el negocio fiduciario, la propiedad de un bien de cualquier naturaleza mueble o inmueble la entidad fiduciaria que es el acreedor y quien recibe la propiedad de los bienes fideicomitados mientras el deudor cumple con la obligación.-

Cuando el constituyente deudor satisface plenamente la obligación, la entidad fiduciaria acreedora le transfiere el dominio del bien que tenía el fideicomiso, al fiduciante.-

En el evento en que el deudor incumpliese el fiduciario procede a rematar los bienes que conforman el fideicomiso con el producto obtenido cancelar su acreencia directamente, devolviendo la diferencia, en caso de que la acudiese al fideicomitente deudor. El contrato descrito anteriormente no puede encontrar una fuente para su aplicación en

la legislación colombiana en el sentido de que allí se prohíbe expresamente que la persona designada como fiduciario ya fuese sociedad fiduciaria o establecimiento de crédito, no podrá adquirir en forma definitiva el dominio de los bienes fideicomitidos por causa del negocio fiduciario tomado del art. 1244 del Código del Comercio.-

Sin embargo, hay una opinión de poder saltar ese problema planteado por la disposición enunciada, nombrando a una entidad fiduciaria diferente al acreedor, como fiduciario, con el encargo de que en caso de que el deudor incumpliese en el pago de la respectiva obligación del fiduciario, remate o pague con los bienes fideicomitidos, a la entidad acreedora, que para el efecto del negocio es el beneficiario.-

En esta forma se salva la prohibición legal pues es el beneficiario quien adquirirá definitivamente la propiedad de los bienes fideicomitidos y no es el fiduciario, persona sobre la cual recae la prohibición legal.-

El contrato de fiducia de garantía así concebido ofrece las siguientes ventajas:

- a) Es evidente que produce mas confianza al acreedor, puesto que este último tiene acceso más directo y rápido

do a los bienes que garantizan la obligación.

b) No son necesarios los trámites que se requieren para efectuar en caso de que la obligación se llegare a garantizar con un inmueble gravado, hipotecado.

c) Se limita en consecuencia lo anterior los respectivos impuestos y gastos que la garantía hipotecaria lleva consigo.

d) Se evita completamente el procedimiento judicial necesario en caso de que el deudor incumpla pues con ese nuevo hecho la entidad acreedora puede convertir rápidamente su crédito evitando también un remate judicial oneroso para el deudor como para el acreedor.-

E. SEGUROS FIDUCIARIOS DE VIDA.

La gran magnitud de negocios celebrados a este nivel es importante y deja dilucidar su gran campo de acción.

Entendiendo el contrato de seguro fiduciario de vida, como el contrato por medio del cual el asegurado al momento de suscribir la respectiva póliza de seguro o una persona o entidad que a su muerte deberá entrar a cumplir con el en cargo de fiduciario quien deberá administrar el producto del seguro, una vez ocurrido el riesgo de acuerdo con las

instrucciones específicas señaladas por el constituyente del seguro fiduciario, ahora difunto.-

Esta modalidad ofrece considerables ventajas, y soluciones a innumerables problemas que un contrato normal de seguros de vida ejemplo Clásico: La entidad designada como fiduciaria se pone de acuerdo con las instrucciones del acto de constitución del pago de las respectivas pensiones de Colegios y Universidades y de pagar además una renta a la viuda (o) respectiva (o) con el producto del seguro y su rendimiento para lo que, en mayoría de los eventos, los herederos no tienen la experiencia y los conocimientos necesarios requeridos y solo proceden a derrochar mas jurídicamente dilapidar los ingresos que perciba del seguro de vida.-

Como fórmula útil para evitar esas posibles consecuencias y aprovechar al máximo los beneficios que tiene la institución del seguro de vida, surgió la operación llamada fideicomiso de seguro". La forma de constituirlo consiste en que el asegurado celebra su contrato de seguro de vida con la empresa aseguradora, señalando como beneficiario a la fiduciaria.

Al mismo tiempo, celebra con la compañía fiduciaria un contrato de fideicomiso en el cual establece cual será la

aplicación y destino que la fiduciaria deberá darle a las sumas aseguradas, cuando al ocurrir el fallecimiento le sea entregada por la aseguradora.-

CONCLUSIONES

1 - La propiedad fiduciaria reglamentada en el Código Civil, los negocios fiduciarios de la ley Bancaria y la fiducia mercantil, son figuras de diferente naturaleza jurídica, sometidos cada una a su propio régimen legal, pero como una nota o atributo común que es la formación de un patrimonio especial. Sin embargo, donde mas notorio se hace este rasgo es en la fiducia mercantil.

2 - Las características esenciales de los patrimonios especiales cuales son la limitación de la responsabilidad y su consagración legal, se cumplen a cabalidad en la fiducia mercantil. Consideramos que al celebrar el negocio jurídico de la fiducia surge un patrimonio especial, sometido a un régimen jurídico propio, y conformado por relaciones jurídicas de contenido económico o inmediato.- En razón de la formación de este patrimonio, los bienes fideicomitidos deben destinarse por su titular, el fiduciario, a la realización de unos fines específicos y exclusivos señalados por el fideicomitente en el acto constitutivo.

Como principal consecuencia de la formación de esa masa de bienes separadas o reservadas, tenemos que su activo responde únicamente por las obligaciones contraídas en desarrollo de la finalidad señalada y de allí que solo los acreedores del patrimonio especial de la fiducia mercantil puedan perseguir sus bienes.-

3 - La institución de la fiducia mercantil es utilizable con ventajas para resolver problemas de situaciones a las cuales el derecho privado respondió con soluciones inadecuadas, ineficaces y las mas de las veces en abierto desacuerdo con las realidades de actualidad.-

BIBLIOGRAFIA

BATIZA, Rodolfo: "El Fideicomiso" 3a. Edición revisada y puesta al día. Editorial Porrúa S.A. México 1.976.

"CODIGO DE COMERCIO", Comentado por José Granada R. Por Legis Editores S.A.

"CODIGO CIVIL", Comentado por Jorge Ortega Torres 12a. Edición. Editorial Temis Bogotá 1.977.

CUELLO IRIARTE, Gustavo: "La Fiducia Mercantil en Colombia" Edición Restringida del Círculo de Obreros. Bogotá, 1.980.

GIRALDO ARISTIZABAL, Marielena: "El Patrimonio Especial de Fiducia Mercantil". Tesis de Grado. Universidad Javeriana. 1.980.

NARVAEZ, José Ignacio: "Derecho Mercantil Colombiano" parte general volumen primero. Edición de inversiones Bonnet y Cía. S.C. Bogotá 1.971

PETIT, Eugene: "Tratado Elemental de Derecho Romano" Editorial Nacional. México, D.F. 1.971.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: "Diccionario de la Lengua Española". Editorial Espasa-Calpe S.A. Madrid 1.976.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio: "Contratos Bancarios". Segunda Edición. Bogotá Felaban, 1.979.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA, "Doctrinas y Conceptos", Tomo I, II, III, IV, V. Talleres Gráficos Banco Popular. Bogotá 1.978. Valencia Zea, Arturo, "Derecho Civil". Tomo III. Derecho Real, VI Edición. Editorial Temis Bogotá 1.978.

VELEZ, Fernando: "Estudios sobre Derecho Civil Colombiano". Tomo III, Imprenta del Departamento de Antioquia, Medellín 1.904.