

ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS FORZOSAS A LA LUZ DEL CONTRATO
DE FIDUCIA

ANTONIO ANDRÉS BARRIOS MARTÍNEZ

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
CHÍA, PUENTE DEL COMUN

ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS FORZOSAS A LA LUZ DEL CONTRATO
DE FIDUCIA

ANTONIO ANDRÉS BARRIOS MARTÍNEZ

Monografía para optar al título de
Abogado

Directores

ROBERTO SUAREZ FRANCO

Abogado

EDUARDO DEVIS MORALES

Abogado

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

FACULTAD DE DERECHO

CHÍA, PUENTE DEL COMUN

2002

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Chía-Puente del Común (____, _____, _____)

A mis padres,
hermanas y pequeño sobrino
por su incondicional apoyo.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa su agradecimiento a:

Roberto Suárez Franco, Abogado y Director de la Investigación, por su valiosa orientación.

Eduardo Devis Morales, Abogado y Director *Ad-honorem* por sus oportunas e inmejorables correcciones y observaciones.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS FORZOSAS	10
1.1 Alimentos que se deben por ley a ciertas personas	15
1.2 La porción conyugal	17
1.3 Las legítimas	21
1.4 La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes	26
2. LA FIDUCIA	
2.1 Orígenes históricos del contrato de fiducia.	28
2.2 Régimen jurídico de la fiducia	35
2.2.1 La fiducia en el derecho civil	35
2.2.2 La fiducia en el derecho comercial	39
2.2.3 Derechos y obligaciones de las partes	45
2.3 La fiducia testamentaria	57
2.3.1 Los alimentos y el contrato de fiducia	63
2.3.2 La porción conyugal y el contrato de fiducia	66
2.3.3 Las legítimas y el contrato de fiducia	70
2.3.4 La cuarta de mejoras y el contrato de fiducia	72
2.4 Aspectos procesales de la fiducia testamentaria	74

2.4.1	Algunas pretensiones propias de la fiducia mercantil	77
	CONCLUSIONES	86
	BIBLIOGRAFÍA	89

INTRODUCCIÓN

Al tratar el tema de las Asignaciones Testamentarias Forzosas a la luz del contrato de Fiducia, se pretende mostrar la utilidad que este tipo de contrato, regulado por nuestras legislaciones civil y comercial, presta hoy día, de la misma manera que lo hizo en la antigüedad, dada la flexibilidad que lo caracteriza, permitiendo a nuestras entidades fiduciarias actuar como albaceas y ejecutores testamentarios de los encargos encomendados a éstas por el otorgante de un testamento, a través de un acto dispositivo de su patrimonio, cuyos efectos se verán una vez el testador haya fallecido.

La utilización del contrato de fiducia se remonta a la antigua Roma, en donde de manera primitiva fue utilizado para asegurar al acreedor (fiduciario) el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor; una vez esto sucedía, le era devuelta la propiedad del bien transmitido con todos sus atributos. Era entonces conocida como fiducia *Cum Creditore* o fiducia con acreedor, es decir, un pacto accesorio.

En Colombia, fueron la Misión Kemmerer, primero, seguida de la Ley 45 de 1923 artículo 105 a 111, las que autorizaron la creación de las secciones fiduciarias de los bancos, cuya función fundamental fue la de desarrollar encargos de confianza que no son cosa distinta a mandatos.

En lo sucesivo, fueron distintas leyes y decretos, así como circulares emitidas por la Superintendencia Bancaria, los que han regulado el tema fiduciario en nuestro país.

Es entonces oportuno tocar el tema, dada la falta de tratamiento que del mismo han dado de manera general, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, a un contrato cuyas ventajas saltan a la vista, para aquel que pretende la continuación de un patrimonio, y su correspondiente disfrute por parte de aquellas personas que, por ciertas circunstancias, no pueden o no deben por sí mismas, cuidar de su patrimonio de manera profesional.

Las asignaciones testamentarias forzosas constituyen una restricción a la libertad de testar. La ley civil colombiana obliga al testador a que, al momento de disponer de sus bienes a través de testamento, lo haga manteniendo fiel observancia a las ordenaciones demarcadas por esta ley para tal efecto; lo anterior es una de las razones que invitan al análisis de la figura jurídica denominada asignaciones testamentarias forzosas, en relación con el contrato de fiducia, que de antaño fue usado por aquel que pretendía el bienestar de su familia después de su propia muerte.

ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS FORZOSAS

El artículo 1226 del Código Civil colombiano, consagra límites a la libertad de testar, obligando al testador a guardar fiel observancia de las asignaciones forzosas consagradas en el mencionado artículo. Dicha restricción tiene como fundamento proteger a la familia del causante, teniendo en cuenta que el testador podrá, en la medida en que este artículo se lo permita, disponer de su patrimonio libremente.

“Su fuente principal fue sin duda la antigua legislación española, y en cierto modo, a través de ella, la legislación justiniana.”¹ En el año de 1841, ya se argumentaba sobre la adecuada delimitación a la figura de las asignaciones testamentarias forzosas, mencionándose las legítimas y el monto que éstas debían alcanzar respecto de los bienes de una persona. En ese entonces se hablaba de la mitad de éstos.

En el proyecto de 1853, se introdujo de manera paralela a las legítimas, una segunda asignación forzosa, denominada cuarta de mejoras, que era deducida de la parte de libre disposición, con la característica fundamental de ser aplicada únicamente a las sucesiones en que hubiese descendencia legítima; si no se tenía descendencia legítima la capacidad para disponer de sus bienes era absoluta.

¹ SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Sucesiones. Tercera Edición. Santa fe de Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A. 1999. Pág. 286

Constituyen asignaciones testamentarias forzosas, la porción conyugal, los alimentos que por ley le corresponden a ciertas personas, las legítimas, y la cuarta de mejoras.

El doctrinante Roberto Ramírez opinaba así sobre el tema: “Los alimentos y la porción conyugal tienen carácter alimentario, y revisten la naturaleza de créditos hereditarios cuyo descuento previo procede antes de alcanzar la liquidez del acervo herencial; las legítimas y la cuarta de mejoras son verdaderas asignaciones mortis causa o sucesorales.”²

Al hablar de testamento, debemos remitirnos a la facultad de disponer gratuitamente de los bienes que le son propios a quien lo otorga, cuyos efectos tendrán lugar una vez el otorgante haya fallecido. En nuestro sistema jurídico se reconoce como derecho propio de la persona, la facultad de disponer de sus bienes, es ésta una manera de ejercer el derecho de dominio, cuyo respaldo constitucional se encuentra en el artículo 58 de la Carta Política Nacional.

Por medio del testamento, el otorgante distribuye, grava, deshereda, designa albacea, reconoce hijos extramatrimoniales y, desde luego, instituye herederos y legatarios, al tiempo que afecta sus respectivas asignaciones con las modalidades que desee.

² RAMÍREZ FUERTES, Roberto. Sucesiones. Quinta Edición. Santa fe de Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A. 1999. Pág. 150

Es el testador, de esta manera, árbitro de la distribución de sus bienes, y sus estipulaciones y mandatos deben ser cumplidos de manera rigurosa, para evitar de alguna manera distorsionar la expresión de su voluntad, siempre y cuando esta ejecución se realice dentro de los cánones establecidos por la ley, ya que la libertad de testar, como se ha visto, no es absoluta en el derecho colombiano, sino restringida.

El testamento es, entonces, un acto jurídico unilateral rodeado de mayores o menores solemnidades según su clase, de acuerdo con los artículos 1055 y 1059 de la legislación civil colombiana. Es de anotar que las disposiciones consagradas en un testamento pueden ser revocadas en cualquier tiempo, ya que su cumplimiento está reservado para después de la muerte del testador. No obstante lo anterior, pueden presentarse casos puntuales en que, lo dicho en un testamento, pueda ser tomado en sus efectos como una confesión, cuando en el testamento se reconoce, por ejemplo, la existencia de un hijo extramatrimonial.

La facultad que tiene toda persona para otorgar testamento es indelegable (artículo 1064 Código Civil). Como acto jurídico que es, el testamento requiere, para ser válido, del cumplimiento de los requisitos consagrados por el artículo 1502 del Código Civil, según los cuales el agente del acto debe ser legalmente capaz, su voluntad debe estar libre de todo vicio, y el testamento debe tener objeto lícito, así como causa lícita.

En Colombia, es poco común hablar de sucesión testamentaria, ya que lo que ha predominado ha sido la sucesión intestada o abintestato. Esto puede, en parte, explicarse por la existencia legal de lo que constituye, en parte, objeto de este trabajo, es decir, las ASIGNACIONES FORZOSAS.

Al hablar de asignaciones, debemos referirnos, necesariamente, a aquello que corresponde a una persona por causa de la ley o de un testamento. Según el artículo 1011 del Código Civil, las asignaciones pueden ser a título universal, caso en el cual reciben el nombre de herencias, o a título singular, caso en el que se conocen como legados, siendo el asignatario llamado respectivamente heredero y legatario.

Al decir designación de el o de los asignatarios, en la sucesión testamentaria se da origen a una relación jurídica entre el testador y el asignatario, que requiere necesariamente de una determinación y una comprobación. Así, el artículo 1113 del Código Civil, fija el criterio legal para determinar la persona del asignatario.

Es necesario también que, por las indicaciones del testamento, pueda claramente determinarse la clase de asignación, esto es, la determinación del género y las especies en su debida cantidad y calidad. “Don Andrés Bello consigna estos ejemplos: Cuota, verbigracia, la tercera parte de mis bienes; especie, verbigracia,

una casa situada en tal parte; cantidad, verbigracia, mil pesos; género, verbigracia, una colección de la obras de HEINECCIO.”³

Es de gran importancia señalar que, en cuanto a la interpretación del testamento, prevalece la voluntad del testador (artículo 1127 del Código Civil). No obstante, que dicha prevalencia será respetada, siempre y cuando la voluntad del testador no se oponga a los requisitos o prohibiciones establecidas en la ley civil colombiana.

³ RAMÍREZ. Ob., Cit. Pág. 97

ALIMENTOS QUE SE DEBEN POR LEY A CIERTAS PERSONAS

Es claro que existen vínculos de parentesco o de gratuidad que generan la obligación legal de dar alimentos a determinadas personas. Éstos alimentarios son los que se encuentran enumerados en el artículo 411 del Código Civil Colombiano, así como en la normatividad que lo reforma, es decir, los artículos 31 de la ley 75 de 1968 y 1º de la ley 29 de 1982. Esos alimentos constituyen deuda hereditaria que, como asignación forzosa, gravan la masa herencial, a menos que hayan sido estipulados en el acto testamentario.

Es importante anotar que no basta con que al causante le sobrevivan una o más de las personas mencionadas, ni que éstas requieran la prestación del auxilio alimentario. Es indispensable que el causante alimentante haya sido condenado a pagarlos, de manera que constituyan una deuda líquida a favor de cierta persona.

Es claro que los alimentos se deben desde la presentación de la demanda, por lo cual, al momento del fallo sólo será discutible la forma de pago y la cuantía de la prestación.

Es de la naturaleza de la obligación alimentaría el carácter *intuitu personae*, tanto del alimentante como del alimentario, de lo cual se colige que, al faltar alguno, cesa inmediatamente la obligación. No obstante, cuando por sentencia judicial se ha condenado a una persona al pago de una suma determinada de dinero, y luego

el obligado fallece, debiendo los alimentos a los que se le ha condenado, éstos deberán ser liquidados en su cuantía de acuerdo con lo fijado en la providencia del juez y hasta la fecha del fallecimiento del causante, suma que, una vez determinada, será tomada como un pasivo sucesoral de carácter alimentario, constituyendo así una asignación forzosa.

LA PORCIÓN CONYUGAL

El artículo 1230 del Código Civil dice; “la porción conyugal es aquélla parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia”⁴.

El origen de esta institución, se encuentra en el derecho romano donde fue conocida con el nombre de “cuarta marital”; este nombre cambia para recibir el de porción conyugal, cuyo objeto es el de proveer a la subsistencia del cónyuge sobreviviente que carece de bienes, o los tiene pero no de tanto valor como la porción misma.

Se dice que “la porción conyugal es originaria de ANDRES BELLO, y esto se sostiene en tres razones distintas: la primera, dice que en las legislaciones precursoras de la institución sólo se otorgaba a la viuda, aunque algunos interpretes del derecho español sostenían que también correspondía al marido; nuestra legislación civil la concede a ambos cónyuges, razón por la cual reemplaza el término marital por conyugal; la segunda, porque en las legislaciones tenía un límite en cuanto a su cantidad: cien libras oro, en Bello se limita a su monto. Ella alcanza a la rigurosa de un hijo habiendo descendientes legítimos, y a la cuarta parte de los bienes en los otros casos (artículo 1178 Código Civil), la

⁴ COLOMBIA, CODIGO CIVIL. Editorial LEGIS. Bogotá Colombia.

tercera, porque era indiscutible que en la legislación romana y en la española la cuarta marital tenía un carácter netamente alimenticio.”⁵

La porción la recibe el cónyuge sobreviviente, cuando a ello tiene derecho, pero no como heredero, sino, en calidad de consorte considerado pobre en comparación con las fuerzas del acervo herencial.

Esta porción conyugal tiene el doble carácter de alimentario y compensatorio, no limitándose, así, a lo que se requiere para subsistir, porque puede ser mucho más. Es necesario contemplar la posibilidad de que el cónyuge supérstite se encuentre separado de bienes y de cuerpos, y que éste no tenga como fundamento su propia culpa, caso en el cual, si éste careciera de lo necesario para su congrua subsistencia, recibiría porción conyugal según el artículo 17 de la ley 1° de 1976, concordante con los artículos 1230 y 1231 del Código Civil.

Es necesario hacer claridad sobre la determinación del estado de pobreza del cónyuge sobreviviente, el cual deberá juzgarse al momento de la apertura de la sucesión, existiendo ciertas circunstancias en las que éste deberá encontrarse, las cuales son:

- a. Carecer de cualquier clase de bienes, o que el valor de los que posea no tengan tanto valor como la porción misma.

⁵ SUAREZ, Ob. Ci t., Pág. 291

- b. No estar divorciado.
- c. No encontrarse separado de bienes ni de cuerpos por su propia culpa, es decir, ser cónyuge inocente en la separación.

La porción conyugal es incompatible con los bienes propios del cónyuge sobreviviente, con los bienes que le llegaren a corresponder en la liquidación de la sociedad conyugal a título de gananciales, y con aquellos que puedan corresponder a título de herencia, si fuera heredero. De lo anterior se deduce que el cónyuge supérstite puede optar por gananciales o por porción conyugal solamente.

Para la determinación de la porción conyugal se deberá precisar una de dos eventualidades: sucesiones en las cuales existan descendientes, que pueden ser hijos extramatrimoniales, adoptivos o legítimos, y sucesiones en que no existan descendientes.

En las primeras, es indudable que el viudo o viuda será contado y considerado como un hijo y recibirá, a título de porción conyugal, la legítima rigurosa de un hijo ya se trate de sucesión testada, intestada o mixta. La legítima rigurosa es la que resulta de dividir la mitad de la herencia, por el número de hijos que acuden al proceso de sucesión personalmente o representados por su descendencia, entre los cuales ha de contarse al cónyuge sobreviviente.

En todas las demás situaciones, la porción conyugal equivale a la cuarta parte de la herencia (artículo 1236 inciso 1° del Código Civil): “la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los ordenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos”.

Es necesario manifestar que, cuando fallece el cónyuge separado de bienes, no es posible, en nuestro concepto, reclamar porción conyugal en la sucesión del otro por cuanto ya ha recibido, en vida, su cuota de gananciales.

Además, el artículo 18 de la ley 1° de 1976, reformativo del artículo 168 del Código Civil, dispone que “son aplicables a la separación de cuerpos las normas que regulen el divorcio en cuanto no fueren incompatibles con ella”,⁶ y, si el divorciado carece del derecho a exigir porción conyugal, lo propio ocurrirá con el separado de bienes, quien ya ha liquidado su sociedad conyugal y ha recibido sus gananciales.

}

⁶ SUAREZ. Ob., Ci t. Pág. 301

LAS LEGITIMAS

El artículo 1239 del Código Civil define la legítima como la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Lo que en realidad constituye, es la cuota mínima de los bienes de un causante que la ley asigna a los legitimarios, herederos o titulares de la legítima en toda clase de sucesión.

Según afirma el Profesor Roberto Suárez Franco, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil establece que la legítima es una asignación hereditaria forzosa, “que limita la libertad del causante para disponer, de sus bienes, por causa de muerte, de los que constituyan su patrimonio al momento de fenecer su vida pero que no restringe su libertad jurídica de contratación o disposición intervivos, salvo la excepción concerniente al caso de las donaciones efectuadas por quién tenía a la sazón legitimarios, las que si fueron hechas a legitimarios han de colacionarse, a la muerte del causante, para el computo de las legítimas y de la cuarta de mejoras en su caso (Art. 1243 del Código Civil y Art. 23 ley 45 de 1936), y si fueron hechas a extraños habrá de colacionarse el exceso que en ellas resulta, para que si este menoscaba las asignaciones forzosas puedan los legitimarios proceder contra los donatarios, para la restitución de lo excesivamente donado, en la forma que determinan los Art. 1244 y 1245 del Código Civil”.⁷

⁷ SUAREZ, Ob. Ci t., Pág. 303

Del criterio plasmado por Don ANDRÉS BELLO en el artículo 1240 del Código Civil, reformado por el artículo 9° de la ley 29 de 1982, son legitimarios los descendientes y los ascendientes; no lo son jamás los hermanos como lo fueron alguna vez en el derecho romano y en el chileno.

Son legitimarios: los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, personalmente o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial; los ascendientes del grado más próximo; los padres adoptantes y los padres de sangre del hijo adoptivo, de forma simple.

Es importante mencionar que los legitimarios pueden ser excluidos de la sucesión del causante de acuerdo con las normas de la sucesión intestada, cuando se configure una causal de indignidad y ésta sea probada en juicio. Lo propio ocurre en la sucesión testamentaria, con el desheredamiento.

Como características de las legítimas, se pueden mencionar las siguientes:

- a. Son asignaciones forzosas, en tanto son obligatorias, constituyendo así una limitación a la facultad de testar.
- b. Gozan de la acción de reforma.

- c. Es una asignación hereditaria, lo cual significa que el legitimario es continuador y heredero de la persona del causante.
- d. Es una cuota mínima que el legitimario ha de recibir a título de herencia, la que frente a los demás legitimarios recibe el nombre de rigorosa.
- e. Puede ser asignada por el causante en vida, por medio de una donación.
- f. Se tiene el derecho a cobrarla, sea cual fuere el grado de pobreza o riqueza del legitimario.
- g. La legítima no es susceptible de ninguna modalidad, sea condición, plazo o modo específico, ni de gravamen, adeudándose, así, como una obligación pura y simple.

La determinación del valor de la legítima, según disposición del artículo 1242 del Código Civil, resulta de deducir del acervo bruto sucesoral, las deducciones de que habla el artículo 1016 del Código Civil, que a la letra son:

- a. Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión.
- b. Las deudas hereditarias.

- c. Los impuestos fiscales que graven toda la masa hereditaria.
- d. Las asignaciones alimenticias forzosas.
- e. La porción conyugal a que hubiere lugar, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes.

Una vez se ha cumplido con las deducciones, de las que habla el artículo 1016 del Código Civil colombiano, y habiéndole sumado las agregaciones provenientes de la liquidación de los acervos imaginarios previstos por los artículos 1243 y 1245 del Código Civil, tendremos el acervo líquido, el cual se divide en dos. Una de estas mitades, en el caso en el que exista descendencia, es la denominada mitad legitimaria, la cual se dividirá entre los descendientes por cabezas, siendo claro que lo que corresponda a cada uno de ellos será la legítima rigurosa. La otra mitad del acervo líquido se dividirá en dos, constituyendo así las cuartas de mejoras y de libre disposición, siendo éste el acervo líquido de que dispone el testador o la ley.

El cómputo de la mitad legitimaria y de las cuartas de mejoras y de libre disposición, ya sea frente a la sucesión testada o abintestato en las que hay descendientes, tiene que efectuarse, como ya se dijo, sobre el acervo sucesoral líquido.

Por consiguiente, si en un caso determinado las deducciones expresadas copan todo el caudal hereditario, no habrá lugar al pago de las legítimas, la cuarta de

mejoras y la cuarta de libre disposición, sin olvidar que la porción conyugal ya ha quedado incluida dentro de las bajas del artículo 1016 del Código Civil.

CUARTA DE MEJORAS

Constituye ésta un instituto sucesoral y no un solo concepto aritmético. Es la cuota de la herencia que por ley está reservada a los descendientes, obren estos o no como legitimarios, pudiendo el causante distribuirlos libremente entre sus descendientes.

Como su nombre lo dice, la cuarta de mejoras favorece o mejora al descendiente según el querer del testador y, en su defecto, llegará a los descendientes que en calidad de legitimarios sucedan abintestato, a prorrata de su asignación.

Como ya se mencionó, el acervo líquido es dividido en dos partes para efectos de determinar las legítimas y las mejoras. La parte correspondiente a las mejoras se dividirá, a su vez, en dos partes que equivalen a las dos cuartas partes del acervo líquido sucesoral. Una de ellas recibe el nombre de cuarta de mejoras y la otra el de cuarta de libre disposición.

Por medio de la cuarta de mejoras se puede beneficiar a uno cualquiera de los descendientes, o a todos. Es decir, que el causante, para este caso en particular, goza del derecho a escoger a uno de sus hijos, nietos, o bisnietos, como titular de la cuarta de mejoras, aspecto que indudablemente se ve acompañado de una libertad relativa, y se dice relativa porque el causante se ve impedido para destinar esta cuarta de mejoras a persona distinta de la de un descendiente.

Es importante anotar, que en el evento en que el causante asigne a persona distinta de sus descendientes, parte alguna o la totalidad de esta cuarta de mejoras, existe para los descendientes la acción de reforma del testamento, por contravenir específicamente la reglamentación legal.

En cuanto a la sucesión abintestato, la cuarta existe jurídicamente y acrece al legitimario, sumándose a las legítimas.

Por ser una asignación forzosa no puede violentarse sin que la ley otorgue la acción que la devuelva a su estado natural. Puede anticiparse a través de donaciones en vida del causante. Puede ser gravada o afectada por una modalidad, claro está, sin desvirtuar su naturaleza y, ante todo, aspecto éste que llama nuestra atención, puede ser materia de estipulación contractual.

Al hablar de la posibilidad que tiene la cuarta de mejoras de ser excepcionalmente materia de estipulación contractual, debemos referirnos, en principio, a que ésta se haga en vida del causante, con la finalidad de garantizar su voluntad, frente a la distribución futura de la cuarta de mejoras, con la que el causante busca favorecer a un legitimario. Esta disposición de voluntad debe ser elevada a escritura pública, y afectará únicamente a la cuarta de mejoras.

LA FIDUCIA

ORIGENES HISTORICOS

Por el tiempo que viene operando la fiducia en Colombia, se podría decir que es una institución relativamente nueva. Nada más equivocado. La verdad es que el concepto de fiducia se conoce desde la antigua Roma, lugar en el que se conoció bajo dos figuras: el *fideicommissum* y el *pacto fiduciae*. El primero consistía básicamente, como lo describe La Cartilla Fiduciaria, en que “una persona en su testamento transfería a otra, que gozaba de su total confianza, uno o más bienes, con el fin de que esta última, que figuraba como propietaria los administrara en beneficio de otra u otras personas a las cuales el testador quería favorecer especialmente. El testador podía también establecer que, transcurrido determinado tiempo, o cumplida determinada condición, los bienes deberían ser transferidos a estos beneficiarios”.⁸

La segunda figura, de la que se hablaba en la antigua Roma, es la denominada *pacto fiduciae* que consistía básicamente en un acuerdo entre dos personas por medio del cual una de ellas transfería a la otra, uno o más bienes con el propósito de que la otra persona cumpliera una determinada finalidad, la cual podía consistir, en satisfacer una deuda en caso de que se incumpliera la obligación (antecedente de la actual fiducia de garantía). Otra posibilidad que presentaba

⁸ Asociación de Fiduciarias. La Cartilla Fiduciaria, Fiducia para todos. 1995-1996.

esta figura era que dicho acuerdo sirviera para que la persona a la que se le entregaban los bienes, los administrara y los defendiera mientras su propietario, es decir quien los transfería, iba a la guerra o se ausentaba durante un largo tiempo.

Es de resaltar que la palabra fiducia proviene del latín *fides* que significa confianza; y era precisamente la confianza lo que, desde la antigua Roma, caracterizó y se convirtió en factor determinante en la celebración de este tipo de contrato. Así las cosas, se puede ver cómo, desde la antigüedad, el contrato de fiducia implicaba una confianza absoluta en la buena fe del fiduciario, aspecto fundamental que denota la naturaleza y el carácter íntimo de esta figura.

También se tiene antecedentes de la figura de la fiducia en el derecho anglosajón con los llamados “uses”, que son el antecedente del negocio hoy llamado “trust”. La figura en el derecho anglosajón era vista de manera diferente a como se conoció en la antigua Roma. En el primero, consistía en unos “compromisos de conciencia” que adquiría una persona al recibir los bienes que le eran entregados por otra; el acuerdo que mediaba en estos compromisos de conciencia generalmente era en favor del propietario inicial, pero nada impedía que el beneficio fuera para un tercero designado por el propietario inicial.

En Colombia, fueron la Misión Kemmerer, y uno de sus resultados, la ley 45 de 1923, las que introdujeron y autorizaron la creación de las secciones fiduciarias de

los bancos como lo establecieron los artículos 105 a 111 de la ley 45 de 1923. Con fundamento en tales normas, la función fundamental de estas secciones fue la de desarrollar encargos de confianza, los cuales no son cosa distinta de simples mandatos. En nuestro tema de estudio, el desarrollo de la voluntad testamentaria del *de cuius*.

“Por virtud de la ley 45 de 1923, fueron los bancos facultados para representar, tanto a menores como interdictos, en general incapaces, siendo albaceas y administradores de herencias y legados; de esta manera, recibían, aceptaban y ejecutaban todos aquellos encargos legales, deberes y facultades relativos a la tenencia, manejo y disposición de cualquier propiedad mueble o raíz”.⁹

Fue así como los bancos podían ser nombrados y aceptar el nombramiento de albacea o fideicomisario constituido por testamento, o ser administradores de cualquier herencia o legado, ejecutando las disposiciones testamentarias del causante.

“Con la ley 45 de 1990, fue eliminada de las entidades bancarias la prestación del servicio fiduciario, el decreto 217 de 1991 en su artículo 3 ordenó el desmonte de las secciones fiduciarias de los bancos, en concordancia con lo ordenado por la ley 45 de 1990; de la misma manera fue regulado el procedimiento de desmonte

⁹ Guía del Sector Financiero. Actividades del Sector Financiero. Fiducia. 9. En: Guía del sector Financiero. Santafé de Bogotá. 1998. Medios y Medios Editores Cía. Ltda. Págs. 178-179-180-371

por el decreto 2239 de 1991, la Circular Número 69 de 1991 de la Superintendencia Bancaria, y el artículo 29 del decreto 663 de 1993”.¹⁰

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, decreto 663 del 2 de abril de 1993, consideró como principios fundamentales imprescindibles en todo negocio fiduciario que conlleva transparencia total, los siguientes, a saber:

- a. Honestidad, referida a la buena fe.
- b. Claridad, sin lugar a interpretaciones equívocas.
- c. Igualdad, en aras de la justicia, el equilibrio y la ponderación interpartes.
- d. Profesionalismo, en el tema jurídico así como en el financiero.

Es importante anotar cómo con gran dinamismo y diversificación, la fiducia en Colombia se ha constituido ya en uno de los principales renglones del sector financiero nacional, además de ser factor primordial para el futuro desarrollo del mercado de capitales en Colombia, a favor del ahorro y la inversión a mediano y largo plazos.

La reforma financiera de 1990 le dio identidad propia a la fiducia pues, hasta entonces, según el Código de Comercio, sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias podían tener la calidad de fiduciarios.

¹⁰ CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, Eduardo. La Fiducia. Segunda Edición. Santafé de Bogotá: Editorial Temis. 1997. Págs. 8 a17

Los bancos, por su parte, ejecutaban los negocios fiduciarios a través de las secciones fiduciarias. Con ese reconocimiento, el sector emprendió un rápido y efectivo crecimiento.

En el mundo, la fiducia registra un gran auge en las economías industrializadas, mientras que en países en desarrollo, aunque figura desde las primeras décadas del siglo XX, sólo hasta hace pocos años comenzó a ser una actividad financiera plenamente definida en el mercado.

La historia indica que en nuestro país, Colombia, la fiducia empezó a darse desde hace ya varios años, pero el verdadero punto de partida para el despegue y desarrollo de esta actividad financiera fue el año de 1972, cuando entró en vigencia el Código de Comercio de 1971 que incluyó esta operación. Antes, la ley 45 de 1923 había contemplado los encargos de confianza anteriormente mencionados.

Como ya se dijo, el vocablo fiducia significa fe, confianza, que junto con la elasticidad y flexibilidad que caracterizan a este contrato, permite realizar todas las finalidades lícitas que las necesidades o la imaginación de los clientes determinen.

Es comúnmente conocido este contrato, como un gran recipiente al cual los clientes le colocan su contenido, que, en la mayoría de los casos, es definido por ellos mismos, y en otros, por la entidad fiduciaria.

En el derecho civil, la propiedad fiduciaria es una forma limitada de propiedad en virtud de la cual una persona adquiere unos bienes con cargo de transferirlos a un tercero ante el cumplimiento de una condición.

Los albaceas fiduciarios constituyen la manifestación más clara de los llamados por la doctrina, negocios fiduciarios puros, entendiéndose por ellos aquellos en los cuales la posibilidad de abuso es prácticamente total, ya que no existe ningún tipo de restricciones legales, por lo que el encargo se desarrolla basado, integralmente, en la confianza puesta en el agente fiduciario, como ocurre en este caso.

Es necesario mencionar que el contrato de fiducia tradicionalmente se ha clasificado en tres grandes grupos: fiducia de inversión, fiducia inmobiliaria y fiducia de administración.

Cada uno de estos grupos está constituido por una serie de negocios o productos que participan de unas mismas características básicas, normalmente ligadas a la naturaleza del bien o bienes que se entregan a la fiduciaria.

En algunas ocasiones, para referirse a cada uno de estos grupos de fiducia, se utiliza la palabra “fideicomiso”, caso en el cual el término no es sinónimo de fiducia. En otras oportunidades, el mismo vocablo se usa para aludir al patrimonio autónomo que se constituye como consecuencia de la celebración del contrato de fiducia mercantil.

Brevemente, mencionaré las características básicas que identifican a estos negocios fiduciarios en particular, para no pasar por ellos sin hacer cierta claridad sobre los mismos. Al hablar de fiducia de inversión, nos referimos a sumas de dinero que son entregadas a la fiduciaria, por lo general con el fin principal de que ésta las invierta rentablemente en títulos u otros activos. Los negocios agrupados bajo el nombre de fiducia inmobiliaria, se refieren a la entrega de uno o varios bienes inmuebles a la fiduciaria, con la finalidad principal de desarrollar un proyecto de construcción inmobiliaria; adicionalmente, bajo éste nombre se agrupa a una serie de servicios prestados por las fiduciarias al sector inmobiliario. Finalmente, se clasifican dentro del llamado fideicomiso de administración, todos aquellos negocios o productos fiduciarios en los cuales el fideicomitente entrega a la fiduciaria un bien, con el fin de que ésta lo administre en la forma prevista en el contrato.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FIDUCIA

La fiducia en el Derecho Civil

1 Definición

De los artículos 793 y siguientes del Código Civil se podrá deducir la siguiente definición de fiducia: El propietario de bienes, denominado constituyente, transfiere la propiedad fiduciaria sobre toda o parte de una herencia, o sobre bienes individuales, denominados fideicomiso (Art. 794 C.C.), por testamento o acto entre vivos (Art. 796 C.C.) a uno o más fiduciarios (Art. 802 C.C.), quien se obliga a transferir la plena propiedad sobre el fideicomiso a uno o varios beneficiarios o fideicomisarios (Art. 802 C.C.) en el momento de cumplirse la condición acordada (Art. 794, 795, 799 C.C.).

2. Condiciones

La fiducia civil requiere para su existencia de las siguientes condiciones:

2.1.1 La voluntad unilateral del constituyente, expresada en un testamento, de transferir alguna propiedad fiduciaria al fiduciario, y la aceptación posterior de éste, o un acuerdo entre el constituyente y el fiduciario.

2.1.2 Es preciso que se celebre el acto por instrumento público.

2.1.3 La transferencia del dominio al fiduciario se lleva a cabo según los requisitos de ley dispuestos para ello.

En el caso de bienes inmuebles, mediante el correspondiente registro en la oficina de instrumentos públicos.

2.1.4 Además de las condiciones impuestas al fiduciario respecto de sus derechos y su gestión frente a la propiedad fiduciaria, debe cumplirse la condición necesaria para que el fiduciario transfiera el dominio de los bienes recibidos al fideicomisario o beneficiario. Generalmente, esta condición se refiere a la duración del fideicomiso, bien sea por un plazo definido, o hasta la muerte del fiduciario.

2.1.5 Un plazo durante el cual la propiedad fiduciaria permanece en cabeza de la entidad fiduciaria. El legislador ha previsto una duración de 30 años como máximo, salvo que la condición consista en la muerte legal del fiduciario (Art. 800 Código Civil.)

3. Características

La fiducia civil se caracteriza por los siguientes elementos:

3.1 Desde el punto de vista contractual, la fiducia es un contrato bilateral que involucra a un tercero. Puede ser gratuito u oneroso. Es de tracto sucesivo, y es un contrato real por cuanto se perfecciona por la transferencia del dominio.

3.2 La fiducia es necesariamente una institución *intuito personae*, por cuanto el fiduciario será una persona especialmente seleccionada para ello. Se denota aquí, cómo entra a importar, entre las partes, la confianza y lealtad que éstas se tengan, necesaria para realizar la transferencia que hará el propietario inicial al fiduciario, de la propiedad de determinados bienes, durante cierto tiempo.

3.3 El fiduciario adquiere una propiedad fiduciaria, definida por el artículo 794 del Código Civil, así: "Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición". Es decir, el fiduciario adquiere derechos para el tiempo que deba durar a su nombre la propiedad fiduciaria.

Dentro del límite de tiempo dado, el fiduciario tendrá derecho a percibir los frutos del bien, *ius fruendi* (Art. 813 C.C.), salvo la designación de los frutos para el beneficiario (Art. 808 C.C.). Tendrá también derecho a utilizar el bien, *ius utendi* (Art. 816 C.C.), y adquiere un derecho de disposición, *ius abutendi* (Art. 810 C.C.) que le permite vender el fideicomiso, pero sujeto al gravamen de entrega (restitución) al beneficiario.

La distinción entre la propiedad fiduciaria y la propiedad plena, que eventualmente se transfiere al beneficiario, es básicamente la limitación de su existencia en el tiempo, y las limitaciones que tiene el fiduciario respecto de la disposición del bien.

Por esta razón, podrá el constituyente crear sobre los mismos bienes un fideicomiso a favor de una persona, y un usufructo a favor de otra (Art. 797 C.C.), de tal manera que, al quedar el usufructuario con el uso, *ius utendi*, y el goce, *ius fruendi*, el fiduciario será titular de la nuda propiedad fiduciaria, *ius abutendi*.

3.4 El beneficiario o fideicomisario, al cumplirse la condición, recibe la plena propiedad del fideicomiso del fiduciario.

3.5 Hasta esa transferencia de dominio tiene una mera expectativa que, sin embargo, podrá proteger, por ejemplo, exigiendo medidas de conservación del bien (Art. 820 C.C.)

La Fiducia en el Derecho Comercial

Definición

La legislación mercantil colombiana contiene dos definiciones de fiducia:

- a. La fiducia como administración de bienes transferidos.

b. La fiducia como encargo de confianza o mandato.

En cuanto a la fiducia como administración de bienes transferidos, se puede analizar el artículo 1226 del Código de Comercio, según el cual “la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir con una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

La definición anterior indica que la transferencia de bienes al fideicomisario, presenta como deber, para este último, el de administrar dichos bienes según la finalidad indicada.

Ahora bien, la Superintendencia Bancaria ha desarrollado una definición para la fiducia como encargo de confianza o mandato. Esto con base en los artículos 7 y 105 de la ley 45 de 1923. Define la fiducia en los siguientes términos: “Un mandato es un encargo de confianza cuando el mandatario tiene que hacer uso en mayor o menor grado de su criterio para su ejecución”.¹¹

En cuanto a las partes que intervienen en el contrato de fiducia como encargo de confianza o mandato, el artículo 7, inciso 2, de la ley 45 de 1923, dispone que:

¹¹ Superintendencia Bancaria, Concepto 589 de 1928.

“para efectos de esta ley, se entiende por “fideicomiso” todo encargo de confianza ... y por “fideicomisarios” el individuo o entidad a quien se encomienda tal cargo”.

Elementos Esenciales

La fiducia mercantil, presenta para su existencia, los siguientes elementos esenciales:

1. Los Intervinientes.

El constituyente (fideicomitente o fiduciante) es la persona natural o jurídica que constituye un fideicomiso a favor de un tercero.

El fiduciario es quien recibe la propiedad.

El beneficiario o fideicomisario es la persona natural o jurídica que recibe el beneficio del fideicomiso.

2. La voluntad de los interesados y la transferencia del dominio.

La fiducia requiere un acuerdo entre el constituyente (fiduciante o fideicomitente) y el fiduciario por acto entre vivos, o un testamento del constituyente (artículo 1228 del Código de Comercio).

En cuanto a la transferencia encontramos que el artículo 1228 del Código de Comercio establece que la fiducia entre vivos deberá constar en escritura pública, y la constituida *mortis causa*, deberá serlo por testamento. Ahora bien, de conformidad con el artículo 16 de la ley 35 de 1993, hoy codificado en los numerales 2 y 3 del artículo 146 del estatuto orgánico del sistema financiero, se determina que, si la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se halla sujeta a registro, el documento privado en que conste el contrato deberá registrarse en los mismos términos, es decir, atendiendo a la naturaleza de los bienes fideicomitidos, de manera que, deberá tenerse en cuenta la exigencia o no de la solemnidad requerida para la transferencia de dichos bienes.

3. Consentimiento. En el caso de la fiducia en garantía se requiere además, el consentimiento del beneficiario en el acto constitutivo de la fiducia. En esta figura, el acreedor del constituyente exige que éste fideicomita a su favor un bien, estipulándose que, en caso de incumplimiento en el pago de la deuda antes de vencerse el plazo de la fiducia, el fiduciario deberá vender el bien, pagar al beneficiario y restituir el eventual remanente al constituyente.

4. Finalidad. Otro elemento que hace parte del contrato de fiducia, es el derivado del artículo 1226 numeral 1 del Código de Comercio, por la cual se incluye en la fiducia la necesidad de que el constituyente haya indicado la finalidad determinada del fideicomiso, la que se convierte en la actividad de obligatorio cumplimiento para el fiduciario.

En efecto, el encargo que asume el fiduciario tiene en sí una finalidad, como puede ser la administración de bienes, o su enajenación, o el pago de gastos de diferente índole como alimentos y gastos estudiantiles el pago de una obligación o cualquier otro mandato que no sea contrario a la constitución o las leyes colombianas.

5. El encargo del fiduciario.

El fiduciario podrá asumir uno de varios encargos:

5.1 La gestión de acciones, bonos y/o títulos de inversión que el fiduciario pueda vender o cobrar, y aplicar el rendimiento a la finalidad del fideicomiso.

5.2 Cuidar y custodiar, como depositario, valores improductivos (sobres, paquetes, cajas, cerrados y sellados).

5.3 La gestión de inversiones como mandatario, destinando los fondos recibidos a la finalidad del fideicomiso.

5.4 La intermediación en pagos que, con base en convenios previos, permita el recaudo de obligaciones tendientes al pago de impuestos, al pago de obligaciones obrero-patronales referidas a enfermedades y accidentes de trabajo, entre muchas otras.

5.5 La gestión de cartera del constituyente.

5.6 La intermediación en el mercado de valores por cuenta del comitente, sea éste vendedor o comprador.

Negocios Fiduciarios Prohibidos.

Si bien es claro que el contrato de fiducia es un acuerdo que permite tener como finalidad un mandato que responde a la necesidad del fiduciante, no se puede desconocer la existencia de acuerdos en torno a este contrato que, de acuerdo con el artículo 1230 del Código de Comercio, resultan prohibidos como son: a) Los negocios fiduciarios secretos; b) Aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente, y c) Aquellos cuya duración sea mayor de 20 años. En caso de que exceda tal término, sólo será válido hasta dicho límite. Se exceptúan los fideicomisos constituidos a favor de incapaces y entidades de beneficencia pública o utilidad común.

Características.

a. Relativas al contrato.

b. Relativas a la propiedad.

a. En cuanto al contrato, la fiducia entre vivos es un contrato bilateral o plurilateral, según su tipo, que involucra siempre un tercero beneficiario. Es real, por cuanto se requiere la transferencia de la propiedad al fiduciario; es oneroso, de tracto sucesivo y requiere que el fiduciario sea una de las entidades autorizadas por la Superintendencia Bancaria, característica esta última que se agrega a la de ser *intuito personae*.

b. En cuanto a la propiedad, el constituyente, propietario de los bienes objeto del fideicomiso, transfiere al fiduciario la propiedad fiduciaria sobre esos bienes. El fiduciario ejerce sus derechos de propietario dentro de las limitantes de la propia fiducia y de las impuestas por el constituyente.

La legislación comercial caracteriza la propiedad fiduciaria en relación con su finalidad, que no es otra que la indicada por el constituyente, y que se extingue al vencerse el plazo de la fiducia y/o al transferirse el bien al beneficiario.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Derecho y Obligaciones del Fiduciario

Derechos

1. Solicitar la resolución del contrato de fiducia.

El contrato de fiducia crea en el constituyente la obligación de transferir el dominio de los bienes objeto del fideicomiso. En el caso en que se incumpliera con esta obligación, el fiduciario se verá imposibilitado para ejecutar el encargo.

Por lo anterior, tendríamos que hablar de la posibilidad de interponer la acción resolutoria de que trata el artículo 870 del Código de Comercio. En el caso en que el constituyente incumplido exigiera al fiduciario el cumplimiento mediante una acción de ejecución, éste podría excepcionar basado en el no cumplimiento del contrato, según el artículo 1609 del Código Civil.

2. Renunciar al contrato de fiducia

Es claro que en el contrato de fiducia es totalmente posible pactar los motivos que pudieran llevar a la renuncia por parte del fiduciario en la ejecución del contrato, lo

cual encuentra su sustento legal en el artículo 1232 numeral 1 del Código de Comercio.

Según este artículo, son causales de renuncia, además de las estipuladas por las partes: que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir las prestaciones de acuerdo con el acto constitutivo; que los bienes fideicomitidos no rindan productos suficientes para cubrir las compensaciones estipuladas a favor del fiduciario; y, que el fiduciante, sus causahabientes o el beneficiario, en su caso, se nieguen a pagar dichas compensaciones.

3. Facultades para obtener créditos

Cuando el fideicomiso tiene como finalidad la obtención de mayores recursos que los transferidos por el constituyente, el fiduciario podrá ser facultado para atraer inversionistas y constituir gravámenes con esa única finalidad. Así mismo, podrá constituir las garantías que sean necesarias.

4. Administración del fideicomiso

La entidad fiduciaria, como propietaria del fideicomiso, tiene todos los derechos que le haya conferido el constituyente, como son, las medidas de protección de los bienes, su enajenación, su utilización o goce.

Obligaciones de la entidad fiduciaria

Los deberes de la entidad fiduciaria son indelegables a la luz del artículo 1234 del Código de Comercio. Ello como consecuencia derivada del contrato que se celebra, el cual tiene como característica el de ser *intuito personae*.

Además de los deberes previstos en el acto constitutivo de la fiducia, los deberes indelegables del fiduciario son los siguientes, a la luz del mencionado artículo:

1. La realización de manera diligente de los actos necesarios para el cumplimiento de su gestión.

Esta responsabilidad se reduce a la culpa leve en el cumplimiento del contrato, como comerciante experto que se supone es el fiduciario dada su característica de profesionalidad. Este solamente deberá realizar aquellos actos necesarios para el cumplimiento de la finalidad del contrato fiduciario, y como se mencionó dentro del concepto de comerciante experto.

2. Es también obligación de la entidad fiduciaria: mantener los bienes dados en fiducia separados de cualquier otro bien (artículos 1233 y 1234 numeral 2 del Código de Comercio), lo cual le permite al fiduciario, oponerse a la persecución indebida de estos bienes, alegando, si fuere del caso, su inembargabilidad; individualizar las expensas y los gastos que le corresponden a cada uno de los

fideicomisos a su cargo; establecer la vocería o personería sustancial y procesal de cada uno de ellos; hacer al fideicomiso responsable de obligaciones tributarias, etc.

3. Debe, además, invertir los bienes y recursos provenientes de la fiducia según los requisitos del acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca.

4. Debe desarrollar todas aquellas medidas tendientes a la protección y defensa de los bienes fideicomitidos.

5. En los casos en que considere necesario, debe pedir instrucciones a la Superintendencia Bancaria, respecto de dudas que pudiere tener frente a sus obligaciones.

6. Debe procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto de fideicomitidos.

7. Debe realizar la transferencia de los bienes materia de fiducia a aquel a quien corresponda, según el tenor del contrato fiduciario celebrado.

8. Es necesario que la entidad fiduciaria rinda al beneficiario, cuentas comprobadas de la gestión desarrollada, de manera periódica, por lo menos cada seis meses.

Derechos y Obligaciones del Fideicomitente

Derechos

1. Designación del beneficiario

Es indudablemente un derecho del fideicomitente, la designación de uno o varios beneficiarios del contrato fiduciario por él celebrado. Es claro, incluso, que al fiduciante mismo le es permitido ser beneficiario del contrato celebrado.

El único caso en el que desaparece el fideicomitente del contrato de fiducia por él celebrado, será cuando designa a un tercero distinto de él mismo como beneficiario del contrato. Por lo anterior el fideicomitente deberá reservarse facultades específicas en el acto constitutivo de la fiducia.

2. Reserva de facultades

Al hablar de reserva de facultades, nos referimos a aquellas facultades que el fideicomitente se reserva para sí frente a los bienes fideicomitados, facultades específicas que deberán constar por escrito en el documento al que se reduce el acto constitutivo de la fiducia. (Artículo 1236, numeral 1 Código de Comercio).

De esta manera podrá reservarse, por ejemplo, el derecho de usufructo sobre los bienes fideicomitidos, quedando así el fiduciario como nudo propietario, sin tenencia.

De la misma manera podrá reservarse el derecho de intervenir respecto de ciertas gestiones, o el nombramiento de un comité técnico para tal fin.

3. Revocación de la fiducia

En principio, la fiducia mercantil es irrevocable, pero el fiduciante podrá reservarse el derecho de revocarla, o solicitar la remoción del fiduciario y nombrar un sustituto. (Artículo 1236 numeral 2 Código de Comercio).

4. Remoción del fiduciario

Para que se de la remoción del fiduciario es necesario que la finalidad del contrato o el encargo previsto en el acto constitutivo pueda realizarse mejor en manos de otro fiduciario.

Es esta una facultad legal, otorgada al fideicomitente (artículo 1236 numeral 2 Código de Comercio) tanto como al beneficiario (artículo 1235 numeral 4 del Código de Comercio). Con sustento en lo anterior, el beneficiario deberá solicitar la remoción del fiduciario ante la Superintendencia Bancaria, mientras que el

fideicomitente tendrá que hacerlo ante el juez competente según lo dispuesto en el artículo 1239 numeral 1 del Código de Comercio.

Las causales contempladas por este artículo, tendientes a la remoción del fiduciario son, a saber:

4.1. Incompatibilidad de intereses entre el fiduciario y el beneficiario.

4.2. Incapacidad o inhabilidad del fiduciario.

4.3. Dolo o grave negligencia o descuido en sus funciones como fiduciario.

4.4. Y cuando el fiduciario no acceda a verificar el inventario de los bienes objeto de la fiducia, a dar caución o tomar las medidas de carácter conservatorio que le imponga el juez.

5. Derecho a la devolución de los bienes

El fiduciante tiene el derecho a exigir la devolución de los bienes del fideicomiso al extinguirse el negocio fiduciario, salvo, claro está, que exista acuerdo en contrario en el acto constitutivo, según los artículos 1236 numeral 3 y 1242 del Código de Comercio.

El fiduciante se basará en el contrato de fiducia, para interponer una eventual demanda. A la terminación del mismo por cualquier causa, los bienes fideicomitidos pasan nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos (artículo 1242 Código de Comercio). Por tanto, el fiduciario empieza a ser mero tenedor. En consecuencia, para la restitución de los bienes deberá acudirse al artículo 426 del Código de Procedimiento Civil.

6. Derecho a exigir rendición de cuentas.

El artículo 1236 numeral 4 del Código de Comercio, permite al fiduciante exigir al fiduciario la rendición de cuentas.

Si la entidad fiduciaria se negare a tal rendición de cuentas, la ley autoriza al fideicomitente para solicitarla por la vía judicial (artículo 408 numeral 4 y 418 del Código de Procedimiento Civil).

7. Derecho a daños y perjuicios.

El fiduciante tiene a su vez derecho a la reparación de los perjuicios causados por la entidad fiduciaria. Esto con fundamento en los principios generales del derecho comercial, y en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 1236 del Código de Comercio.

Obligaciones del fideicomitente o fiduciante

Son de su responsabilidad las siguientes obligaciones:

1. Remunerar al fiduciario, cuando el encargo es insuficiente para que sea el fideicomiso mismo el que pague sus gastos. De esta manera no se verá incurra la fiduciaria en las causales de ley para terminar el contrato, que presentan los artículos 1232 numerales 2° y 3° del Código de Comercio.

2. Rembolsar los gastos incurridos por el fiduciario que haya pagado de su propio patrimonio:

3. Sanear por evicción por cuanto ha transferido el dominio de los bienes al fiduciario artículo 1893 y siguientes del Código Civil y 940 del Código de Comercio.

Derechos y Obligaciones del Beneficiario

Derechos

En cuanto a los derechos del beneficiario, éstos serán señalados en el acto mismo constitutivo de la fiducia, y son, en su esencia, derechos personales. Además, tiene los derechos que le concede la ley, principalmente en el artículo 1235 del Código de Comercio.

1. Derecho a exigir al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones

Según el artículo 1235 numeral 1 del Código de Comercio, el beneficiario podrá exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones, así como hacer efectiva la responsabilidad de la fiduciaria en el incumplimiento de ellas.

En cuanto a la responsabilidad del fiduciario frente al incumplimiento en su gestión, el artículo 1243 del Código de Comercio dispone que responderá hasta de la culpa leve en su actuación.

2. Derecho a impugnar ciertos actos de la entidad fiduciaria

Con fundamento en el artículo 1235 numeral 2 del Código de Comercio, el beneficiario está legitimado para 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.

Según lo dispuesto por el artículo 900 del Código de Comercio, serán anulables los actos que hayan sido consentidos por error, fuerza o dolo, y, en este caso, tendríamos que decir que serán aquellos contrarios a las instrucciones expresas del fideicomitente o en exceso de sus atribuciones, en que haya incurrido la

fiduciaria y no haya actuado diligentemente para sanear los vicios que los hace anulables según dicho artículo.

La doctrina nacional ha analizado este “derecho del beneficiario como una forma de acción pauliana (artículo 2491 Código Civil), que permite a un acreedor demandar al tercero que contrató con un deudor cuya intención era colocarse fraudulentamente en insolvencia para evitar pagarle al acreedor. El beneficiario de la fiducia obraría como ese acreedor al impugnar los actos fraudulentos del fiduciario y así obligar el reintegro de los bienes que se enajenaron.”¹².

3. Derecho a oponerse a las medidas preventivas o de ejecución

El beneficiario tiene derecho, según el artículo 1235 numeral 3 del Código de comercio, a 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. De ésta manera, el beneficiario puede proteger los bienes materia del fideicomiso.

No obstante lo anterior, este derecho excede el ámbito de derechos apenas personales para acercarse a las facultades de un titular de derechos reales. Aspecto éste en el que la legislación colombiana se acerca, o mejor, se asemeja al “*trust*” anglosajón.

¹² ALVARES-CORREA DE, Eduardo. Contratos Bancarios. Primera Edición. Bogotá. Una Empresa Docente, Facultad de Administración, Facultad de Derecho Universidad de los Andes. 1991. Pág. 283.

4. Derecho a solicitar la remoción del fiduciario

Cuando se encontrare debidamente justificado, el beneficiario podrá solicitar a la Superintendencia Bancaria la remoción de la entidad fiduciaria, y como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino, según el tenor del artículo 1235 numeral 4 del Código de Comercio.

Obligación del Beneficiario

Cuando se han constituido a cargo del beneficiario, éste deberá pagar las compensaciones estipuladas a favor de la entidad fiduciaria, según el tenor del artículo 1232 numerales 2 y 3 del Código de Comercio.

FIDUCIA TESTAMENTARIA

Si bien es cierto que el contrato de fiducia es un negocio típicamente mercantil, el mismo Código de Comercio prevé que la fiducia constituida por causa de muerte deberá hacerse por testamento (artículo 1228 Código de Comercio).

Así, por fiducia testamentaria debe entenderse aquella constituida en ejecución o cumplimiento de la voluntad establecida en un testamento .

La declaración patrimonial de la última voluntad del testador que consta en un testamento, puede ser realizada de dos formas, a saber:

- a. El testador puede designar albacea para que, respecto de una parte de sus bienes, que bien puede ser la cuarta de mejoras o la de libre disposición, una entidad fiduciaria determinada por el mismo testador, actúe como albacea de esa parte del patrimonio, en aras de lo que en el mismo testamento constituiría el objeto del contrato fiduciario.
- b. Quien otorga testamento puede, en vida, celebrar un contrato fiduciario, cuyos efectos jurídicos nacerán al momento de verificarse su muerte

Así las cosas, como albacea fiduciario puede ser designada una entidad fiduciaria determinada, ya por expresa disposición testamentaria sin que medie conocimiento previo de ésta, o como consecuencia de una negociación en vida del causante, cuyos efectos quedarán aplazados suspensivamente al momento de verificarse la muerte del causante, todo lo cual deberá constar en el testamento que para el efecto se otorgó.

De esta manera, el causante (persona que otorgó testamento) será tenido como el fideicomitente, quien transfiere o transmite sucesoralmente la propiedad de unos bienes determinados, a la entidad fiduciaria que escogió, la cual se obligará a cumplir lo estipulado por el causante en su testamento, lo cual, posiblemente, estará encaminado en una o ambas de las finalidades siguientes: administrar los bienes transferidos para que con su producto se beneficie a uno o más herederos o legatarios, o, una vez, cumplida una condición testamentaria que a su vez consta en el contrato de fiducia, traspase tales bienes o parte de ellos a el o los herederos o legatarios beneficiarios de dicho contrato.

Es importante mencionar la prohibición expresa que el artículo 1230 del Código de Comercio hace de celebrar negocios fiduciarios en los que se conceden beneficios a diversas personas sucesivamente, así como de aquellos cuya duración sea superior a 20 años. No obstante, se exceptúan de esta última prohibición, aquellos fideicomisos constituidos en favor de incapaces y entidades de beneficencia pública o de utilidad común.

Por lo anterior, es incuestionable que las entidades fiduciarias en Colombia, según el artículo 1228 del Código de Comercio, están en capacidad de celebrar contratos de fiducia testamentaria con fundamento en el testamento otorgado en vida del causante. Una vez ocurra la muerte del causante, dicho contrato se perfecciona y empezará a tener efectos, siempre y cuando se verifique el cumplimiento previo de formalidades contractuales, como lo es la aceptación por parte de la entidad fiduciaria de las condiciones y la finalidad que estructuran el contrato de fiducia, y que fueron establecidas por el causante. Si dicha aceptación se da, bajo los parámetros comentados anteriormente, el contrato de fiducia empezará a ejecutarse.

Por el contrario, podrá un testador designar unos bienes de la sucesión para que, una vez fallecido, estos pasen al patrimonio autónomo creado para tal fin en el contrato de fiducia que se celebró, para que sea la entidad fiduciaria la llamada a administrarlos de manera profesional, en aras a cumplir con lo que a ella se le encomendó en dicho contrato fiduciario.

Es claro que el contrato de fiducia así celebrado no podrá nunca vulnerar derechos de los legitimarios ni tampoco derechos de terceros de buena fe, así como tampoco desconocer los derechos de descendientes sobre la cuarta de mejoras en aras de beneficiar a otro familiar, al cónyuge o a terceros extraños a la sucesión.

En conclusión, todos los derechos que el testador fideicomitente reconozca a herederos o legatarios, valiéndose de la constitución de una fiducia, no pueden vulnerar, de manera alguna, las llamadas *ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS FORZOSAS*.

De acuerdo con el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia, el propietario puede disponer libremente de sus bienes, siempre y cuando lo haga dentro de los límites que esta norma contempla.

En otros términos, el legislador faculta al propietario para disponer de sus bienes a través del testamento, el cual surte efectos después de su muerte, obviamente ajustado a las normas que regulan la materia sucesoral y con la condición de que no se desborden los límites definidos por el legislador, esto es, que no se desconozcan las restricciones que se han establecido en la ley civil.

Observa que la autonomía de la voluntad privada, actualmente, no es absoluta y omnímoda pues se encuentra limitada, de una parte, por la Constitución al imponer al Estado la obligación de reconocer, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de las personas y, de otra, por el legislador, en aras de proteger el orden público y las buenas costumbres.

En este orden de ideas, la limitación impuesta por el legislador es razonable y proporcional, por cuanto están de por medio los derechos de los herederos

forzosos, establecidos en las asignaciones sucesorales. Con esto se busca la protección de la familia.

Uno de los derechos esenciales que comprende el derecho de propiedad, es que el propietario tiene la facultad de disponer libremente de sus bienes, en concordancia con el artículo 58 de la Constitución, antes mencionado. En consecuencia, bien puede éste vender, donar, o realizar cualquier acto traslativo de dominio que le permita la ley, que para el análisis que se presenta será la constitución de un fideicomiso cuyo origen está en la celebración de un contrato de fiducia cuyo fundamento es la declaración expresa del causante, por medio de testamento otorgado en forma legal y con una finalidad determinada.

Este derecho de propiedad es definido Constitucionalmente en concordancia con los postulados del Estado Social de Derecho, autorizando al legislador para que lo concrete y regule; y, a su vez, el legislador, en ejercicio de tal atribución constitucional, concede a las personas bajo ciertos presupuestos legales, la posibilidad de decidir a quién, y en qué términos, dejará sus bienes.

De lo antes mencionado, se deriva la autorización del legislador de permitir que el testador someta a condición ciertas asignaciones.

La segunda garantía constitucional en la que se fundamentan las facultades del testador es la autonomía privada de la voluntad, la cual se deduce de la observancia de los artículos 13 y 16 de la Constitución Política de Colombia, que

consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, respectivamente, los que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás.

Los Alimentos y el Contrato de Fiducia

Al tratar el tema de los alimentos en relación con el contrato de fiducia, es fundamental denotar la necesidad de la existencia de un testamento, el cual una vez otorgado en legal forma (artículo 1055 y siguientes del Código Civil), deberá manifestar de forma clara e inequívoca la voluntad del testador frente a las asignaciones alimenticias forzosas y en relación con su patrimonio, sin que se desconozcan o vulneren, de manera alguna, derechos de los mencionados en el artículo 411 del Código Civil.

Es indudable que el reconocimiento y pago de alimentos tiene el carácter *intuito personae*, tanto del alimentante como del alimentado, por lo que se entiende que al momento de fallecer el alimentante, la obligación termina con el pago que se efectuará al alimentado, monto que se deducirá del acervo o masa de bienes del difunto.

Al referirnos a los alimentos forzosos en el testamento de una persona, es necesario remitirnos al artículo 1016 numeral 4° del Código Civil, según el cual, “En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha

dejado, incluso los créditos hereditarios: 4º) Las asignaciones testamentarias forzosas”.¹³

El artículo en cuestión, al referirse a **las asignaciones alimenticias forzosas**, necesariamente hace relación a todas aquellas a las que el causante fue condenado a pagar.

No obstante lo anterior, puede el causante, en el evento de no haber sido condenado a pagarlos, reconocerlos y, por medio de disposición testamentaria, pagar alimentos voluntarios a quien reconoce como hijo. De acuerdo a la voluntad del causante, se pagarán, siempre y cuando no vulneren el derecho cierto e indiscutible que otro heredero de las mismas condiciones del reconocido llegará a tener, lo cual no significa que el causante no pueda afectar, de manera directa y para cubrir esta disposición testamentaria en la cantidad que le corresponde pagar, la parte conocida como de libre disposición.

La anterior situación puede constituir una finalidad por la que la entidad fiduciaria acoge, por testamento, un contrato de fiducia, esto es, en la medida en que los alimentos voluntarios reconocidos por el causante en su testamento no le sean entregados directamente a quien se le han reconocido, sino que, por voluntad del causante, serán manejados por una entidad fiduciaria que estará obligada en los términos e instrucciones contenidas en el testamento, y que estructuran el contrato fiduciario.

¹³ COLOMBIA, CODIGO CIVIL. Sexta Edición 1995. Editorial Leyer.

En cumplimiento de lo estipulado en el testamento, la entidad fiduciaria podrá administrar los bienes transferidos por el causante, con sujeción a la finalidad perseguida en el contrato, constituyendo, para tal efecto, un patrimonio autónomo.

Si es la voluntad del causante no transferir el dominio, podrá también estipular en el contrato la celebración de un encargo fiduciario, para que se administren los bienes materia de la asignación, con el fin de que se le asegure al beneficiario una cuota mensual hasta que se agoten los recursos asignados, se llegue a la mayoría de edad o se superen los impedimentos que por prodigalidad o demencia le impiden al beneficiario hacerse cargo de lo a él asignado por el causante en su testamento. Terminado el encargo fiduciario, recibirá el o los bienes administrados por la fiduciaria, aquel que actuaba como beneficiario del contrato fiduciario.

En la medida en que las personas llamadas a recibir alimentos por parte del causante, no lo puedan hacer, ya sea porque al momento de la muerte del causante no han nacido (artículo 446 del Código Civil), se encuadran en circunstancias de prodigalidad (artículo 540 del Código Civil) o demencia (artículo 545 del Código Civil), son sordomudos y no se pueden dar a entender por escrito (artículo 557 del Código Civil), o son menores, es legalmente válido que el causante, por testamento, previendo posteriores contingencias, designe a una entidad fiduciaria como curador de la herencia yacente, para que administre el patrimonio de los antes mencionados.

La Porción Conyugal y el Contrato de Fiducia

Al referirnos a la porción conyugal, es necesario hacer hincapié en el hecho de que ésta no se origina a título de herencia a favor del cónyuge, teniendo en cuenta que la condición jurídica de cónyuge supérstite es bien distinta de la del heredero o legatario. La porción conyugal no es asignación hereditaria; por el contrario, constituye un crédito a cargo de la sucesión, el cual se deduce del acervo bruto herencial, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes, en concordancia con lo contemplado por el artículo 1016 numeral 5° del Código Civil.

La porción conyugal no es una asignación exclusiva de la sucesión testamentaria, como lo evidencia el hecho de que la normatividad aplicable a las asignaciones forzosas abarque de igual manera a la sucesión intestada, como a la testamentaria, entonces resulta necesario precisar que dada la esencia del estudio que se presenta (contrato de fiducia testamentaria), la porción conyugal será analizada desde el punto de vista del testamento. El análisis estará encaminado a establecer en qué medida, la normatividad colombiana actual, permite que por medio de testamento se celebre un contrato de fiducia cuya finalidad implique plena disposición de la porción conyugal.

Es nuestra opinión, afirmar que respecto a la porción conyugal no se puede celebrar un contrato de fiducia testamentaria, esto teniendo en cuenta que dicho

contrato resultaría contrario a la noción que por porción conyugal tiene el ordenamiento jurídico colombiano. La anterior afirmación está sustentada por los siguientes argumentos.

1. La porción conyugal es indisponible por el causante. Esto porque: 1.1 Por una parte la porción conyugal es un pasivo sucesoral (cuando el causante no tiene descendientes); y, 1.2. Por otra parte la porción conyugal equivale a una asignación forzosa (sucesión con descendientes).

1.1 En primer lugar examinaremos la porción conyugal cuando responde a un pasivo de la sucesión como lo expresa el artículo 1016 numeral 5 del Código Civil, al contemplarla como una deducción sucesoral procedente de un crédito hereditario en la sucesión en la que no haya descendientes. Caso en el cual, según el Profesor Roberto Ramírez Fuertes “la porción conyugal equivale a la cuarta parte de la herencia; como crédito hereditario, la porción conyugal es la última de las deducciones previas o bajas generales del acervo herencial preliquidado cuyo descuento previo procede antes de lograrse el acervo líquido destinado al pago de las demás asignaciones”¹⁴.

Es claro entonces que, sobre el pasivo sucesoral el causante no tiene facultades de libre disposición, considerando que como lo establece el artículo 1016 del Código Civil el pasivo sucesoral será cubierto mediante una deducción del acervo bruto y, una vez efectuada dicha deducción, se tendrá como resultado el acervo

¹⁴ RAMÍREZ, Ob. Cit., Pág. 153

liquido, que equivale al patrimonio sobre el cual el causante podrá disponer en los términos que los artículos 1055 a 1193 del Código Civil se lo permiten.

1.2 En segundo lugar tenemos que la porción conyugal es vista como una asignación forzosa según el artículo 1226 numeral 2 del Código Civil, lo que nos llevaría a concluir una vez más, que sobre ella no puede disponer libremente el testador, esto teniendo en cuenta que la noción general que tenemos de asignaciones forzosas nos dice que, constituyen limitantes a la libertad de testar, que existen en toda clase de sucesión y que deben ser respetadas. Al respecto el profesor Ramírez Fuertes concluye “la libertad de testar resulta así tanto más amplia cuanto más lejano fuere el orden al que pertenezcan los legitimarios (ya al primer orden, o bien al segundo orden), y según fuere la aspiración del cónyuge sobreviviente respecto de la porción conyugal... de no existir legitimarios, la facultad de testamentación omnímoda alcanza la totalidad del acervo herencial, **siempre sin daño de la porción conyugal.**”¹⁵ (Subrayado fuera de texto). Entonces concluimos que existe libertad de testar en la parte que queda libre, después de haber sido otorgadas las asignaciones forzosas o cuando el causante no está en obligación de constituir las.

Lo anterior nos lleva a concluir que por tratarse la porción conyugal de una asignación forzosa, el testador no puede disponer de ella a través de un contrato de fiducia.

¹⁵RAMÍREZ, Ob. Cit., Pág. 149

Pese a lo anterior, no podemos dejar de considerar lo que afirma el profesor Roberto Suárez Franco cuando dice “se ha llegado a afirmar que es condición indispensable para que se cause la porción conyugal, que el cónyuge supérstite carezca de lo necesario para su congrua subsistencia. Por esta razón se ha sostenido que la porción conyugal es una cuota alimentaria más que otra cosa”¹⁶. De ser así, el tratamiento que podría dársele a la porción conyugal, en cuanto a la constitución sobre ella de un contrato de fiducia, es el que se maneja en este estudio respecto al tema de los alimentos y el contrato de fiducia, que se encuentra en la Pág. 57 y siguientes.

¹⁶ SUAREZ, Ob. Cit, Pág. 297

Las Legítimas y el Contrato de Fiducia

Partimos de la base fundamental de que las legítimas son esa cuota o parte mínima de un acervo sucesoral que el testador no puede desconocer a sus herederos al momento de otorgar testamento.

Una vez se ha cumplido con lo estipulado en la ley, en lo relacionado con la persona y la cuantía a la que se le ha asignado la cuota antes mencionada, la ley no establece que el causante u otorgante de un testamento deba dejar todo su patrimonio transmisible a los antes mencionados. De ésta manera, la herencia será dividida en dos partes: una correspondiente a las legítimas y otra que será de libre disposición del testador.

Son legitimarios los descendientes y los ascendientes al tenor del artículo 1240 Código Civil.

Para obtener las legítimas, se parte por mitades el acervo líquido. Una de esas mitades constituye la mitad legitimaria y la otra mitad, al ser dividida en dos, establece, por una parte la cuarta de libre disposición, y por otra la cuarta de mejoras sobre la que el testador puede disponer a su arbitrio y a favor de cualquier persona, sea familiar o no.

En cuanto a la mitad legitimaria, es importante mencionar que será esa parte del patrimonio del causante, la que recaerá en cabeza de sus legitimarios, y respecto de la cual podrá el testador, en aras de proteger al legitimario incapaz (sordo mudo que no se puede dar a entender por escrito, disipador o demente), constituir a través de testamento, ya un contrato fiduciario del que se derive la constitución de un patrimonio autónomo o aquel en el que se celebra un encargo fiduciario.

Es fundamental entender que la fiducia y, por consiguiente, el negocio fiduciario, debe ser desarrollado por un profesional especializado como lo son las sociedades fiduciarias, entidades que además de la experiencia, cuentan con la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia Bancaria, respecto de las obligaciones precisas que la ley impone a dichas sociedades.

La Cuarta de Mejoras y el Contrato de Fiducia

Esta parte del acervo líquido, conocida como cuarta de mejoras, beneficia a los descendientes o a los adoptivos, si los hubiere.

Puede ser destinada por testamento a uno de los descendientes con prescindencia de los demás, lo que quiere decir que el causante, testador, goza del derecho de escoger a un hijo, nieto o biznieto como titular de la cuarta de mejoras lo que revela una libertad relativa para testar. Es importante resaltar el hecho de que no le es posible al causante, destinar la cuarta de mejoras a persona distinta de un descendiente.

El porcentaje con el que beneficie a uno de sus descendientes podrá ser igual al total de la cuarta de mejoras o repartido entre los que tenga en iguales proporciones. Si llegare a pasarse del valor de la cuarta de mejoras, el exceso será aplicado a la cuarta de libre disposición.

En la sucesión testada, en lo referente a la cuarta de mejoras, se deberá sujeción a lo ordenado en el testamento.

La cuarta de mejoras es una figura propia del testamento, puede ser gravada o sometida a modalidad (artículo 1253 del Código Civil Colombiano), por lo que podemos decir que sus características legales permiten constituir sobre ella un

contrato fiduciario por medio del cual el testador disponiendo de la totalidad de la cuarta en mención, o de una parte de ella, constituye un fideicomiso con uno o varios beneficiarios que serán siempre sus descendientes, y respecto de los cuales buscara por intermedio de la fiducia mejorar sus condiciones herenciales garantizándoles un manejo profesional e idóneo del capital que les asignará en su testamento.

Como ya se ha mencionado, el contrato de fiducia permite, de manera general y en la medida en que no se transgredan y desconozcan derechos ciertos e indiscutibles, y que no se vulneren las asignaciones de carácter forzoso a las que está sometida el testador, que el causante, constituya por medio de testamento un contrato fiduciario con la sociedad fiduciaria que considere idónea para alcanzar la finalidad por él querida y, que forma el espíritu del fideicomiso, de esta manera el testador logra que su voluntad se cumpla en la forma que desee favorecer a uno o varios de sus descendientes.

Aspectos Procesales de la Fiducia Testamentaria

Es la misma legislación comercial, la que suministra algunas claves para concretar y orientar las vías procesales de la fiducia testamentaria, a través de la fiducia mercantil, o la necesaria conexión de esta institución sustancial con un determinado procedimiento o trámite.

Los fideicomisos testamentarios, que pueden sin lugar a dudas ser manejados a través de contratos de fiducia mercantiles, están legitimados para intervenir procesalmente, bien como demandantes, demandados o terceros intervinientes, porque la ley así lo determina expresamente (artículo 1234 ordinal 4 del Código de Comercio) y, en todo caso, resultaría un contrasentido el que las normas sustanciales le impusieran al fiduciario unos deberes, o le otorgaran unos determinados derechos al mismo fiduciario o a las demás partes, y, simultáneamente, se pusiera en duda su habilitación procesal para los fines de aquellos derechos reconocidos por la ley sustancial.

Es claro que se está haciendo referencia a la fiducia mercantil del artículo 1226 Código de Comercio.

Es inequívoca la capacidad o legitimación que tiene la entidad fiduciaria para actuar en nombre o como vocero del patrimonio autónomo. Aún entendiendo que

en el campo del derecho privado se maneje el concepto de que ni el establecimiento de comercio, ni la fiducia mercantil son personas.

Lo antes mencionado plantea cuestionamientos acerca de cómo sería el manejo procesal que debe dársele al contrato de fiducia, en los casos de litigio, en los que éste se vea involucrado. Este interrogante a cerca de que la fiducia mercantil no cuenta con personalidad que le permita actuar en este particular, es válido. No obstante, se han planteado una serie de novedades o de nuevas soluciones, en las que el tema seguiría sin respuesta en el derecho privado, siempre y cuando, sigamos dependiendo de la concepción tradicional que manejamos de patrimonio.

Uno de esos nuevos planteamientos, comentados anteriormente, lo encontramos reflejado en el concepto del profesor Hernando Morales, cuando afirma: “Existen ciertas entidades que sin ser personas jurídicas se ven involucradas con el proceso; sus integrantes o gestores obran en éste por la calidad de que están revestidos y no en nombre ajeno, precisamente porque la carencia de personería jurídica impide el concepto de representación, el cual implica necesariamente que se actúe en nombre de una persona natural o jurídica. Entre nosotros constituyen patrimonios autónomos la sucesión, la herencia yacente, la masa de bienes del ausente, del concursado civil, ya que a ésta el código de comercio no le concedió la personería jurídica que le asignaba el decreto 750 de 1940, la sociedad

conyugal disuelta e ilíquida y en cierta forma la comunidad singular siempre que la rija un administrador.”¹⁷

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 77, refiriéndose a los anexos de la demanda, en su numeral 5º, dice: “la prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea con que actúe el demandante o se cite al demandado”.¹⁸

El anterior artículo ha sido comentado en la siguiente forma: “En este caso la fiduciaria demandante o demandado según el caso, actúa como simple vocero del fideicomiso, pues como es evidente mal podría hablarse de representación cuando no existe persona jurídica a la cual representar, pues se trata de una actuación procesal predeterminada por la ley sustancial para la protección o buen destino de unos determinados bienes, para la protección de unos determinados derechos o para el cumplimiento de unos deberes ciertos.”¹⁹

En conclusión, se puede afirmar que la fiducia mercantil prevista en el artículo 1226 del Código de Comercio, actúa procesalmente, bien como demandante, demandado o tercero interviniente, por intermedio de la entidad fiduciaria, por disponerlo así la ley sustancial.

¹⁷ MORALES, Hernando. Curso de derecho procesal civil. 8ª edición. Parte general. ABC, Bogotá. 1983. Pág. 218.

¹⁸ COLOMBIA, CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Décima quinta edición. Editorial Leyer. Pág. 61

¹⁹ PEÑA CASTRILLON, Gilberto. Aspectos procesales de la fiducia mercantil. En: Jurisconsulta No. 2 Enero – Marzo de 1999. Pág. 192.

Otra respuesta o solución al problema procesal planteado anteriormente, es tener en cuenta que, la sociedad fiduciaria encargada del fideicomiso testamentario, manejado como fideicomiso mercantil, podrá asumir la calidad de demandante cuando, en aras de proteger los bienes fideicomitidos de perturbaciones de terceros, del beneficiario e incluso del mismo constituyente, tome la iniciativa procesal contemplada en el artículo 1234 del Código de Comercio, o cuando deba perseguir los bienes fideicomitidos de manos de terceros tenedores de buena o mala fe. Igualmente, la sociedad fiduciaria, actuará como tercero interviniente cuando, deba oponerse a medidas preventivas o de ejecución según el artículo 1235 del Código de Comercio. De la misma manera acudirá cuando sea llamado en garantía (artículo 57 Código de Procedimiento Civil), o cuando el juez, tomando la iniciativa, trámite un llamamiento ex officio (artículo 58 Código de Procedimiento Civil)

Algunas pretensiones propias de la fiducia mercantil.

a. Acción de responsabilidad contra el fiduciario.

A través del ordenamiento jurídico, de la jurisprudencia y de la doctrina que se ha desarrollado alrededor del tema de la fiducia mercantil, no existen dudas respecto al especial grado de responsabilidad y profesionalismo con el que debe actuar el fiduciario, así como respecto al marco reglado que tienen sus deberes y facultades, proyectados y limitados por la finalidad del contrato fiduciario, de tal manera que estos últimos no pueden quedar relegados a simples declaraciones

de principios sino que marcan los parámetros dentro de los que ese mismo fiduciario debe utilizar o administrar el patrimonio autónomo y rendir cuentas de su gestión (artículo 1234, numerales 1°, 3° y 8° del Código de Comercio).

En efecto, desde la óptica de los intervinientes en el contrato de fiducia, existen normas que legitiman tanto al fiduciante, como al beneficiario, para “ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario” (artículo 1236, numeral 5° del Código de Comercio), en cuanto al primero, o “para exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas” (artículo 1235, numeral 1° del Código de Comercio), para el segundo; pretensiones que como lo impone su naturaleza, en principio, son de carácter declarativo, y dan lugar a procesos ordinarios, que deben adelantarse ante el juez del domicilio del fiduciario (artículo 1241 del Código de Comercio).

En este orden de ideas, es importante tener en cuenta que se entiende por responsabilidad profesional de la entidad fiduciaria, para esto nos remitimos al concepto que recoge el laudo arbitral de Leasing Mundial S.A. vs. Fiduciaria FES S.A. del 26 de agosto de 1997 citado por el Profesor Peña Castrillón en los siguientes términos: “El concepto de responsabilidad profesional propio de la fiduciaria, es una característica de las actividades que desarrollan las entidades fiduciarias, el ofrecer confianza y credibilidad al mercado, con sustento en su experiencia y conocimientos profesionales, así como de su prudencia y cuidado especial en el desarrollo de lo a ellas encargado, les permite prever riesgos y

anticipar o precaver problemas y vicisitudes en forma más acertada y rápida de lo que cualquier persona no especializada podría hacer.”²⁰

b. Acción de los acreedores anteriores a la creación del patrimonio autónomo.

Es claro que el contrato de fiducia entraña un principio de toda institución jurídica que establece que no podrá utilizarse para propósitos diferentes de los naturales, concepto que no presenta una definición estrictamente legal sino que deviene del entorno económico, social, moral y ético en el que las partes acuerdan el contrato fiduciario. Como desarrollo de este principio existen normas encaminadas a reestablecer el patrimonio del deudor cuando de él hubieren salido bienes con desmedro de la prenda general de todos sus acreedores (procesos concursales y acción oblicua) o de un solo acreedor (acción pauliana). Instrumentos que, pretenden la restitución *in integrum* de esos bienes. En efecto, en la fiducia mercantil, el tema encuentra su sustento normativo en el artículo 1238 del Código de Comercio que dice: “Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes. El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados”.

²⁰PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. Aspectos procesales de la fiducia mercantil. En: Jurisconsulta No. 2 Enero - Marzo de 1999. Pág. 195

A este respecto el artículo en mención ha sido interpretado de una manera complaciente con los intereses del fiduciante, la fiduciaria y el beneficiario esto al examinar la circular básica jurídica de la Superintendencia Bancaria No 007 de 1996, en la que como resultado de estas acciones, el actor solo obtendrá el reintegro al patrimonio del fiduciante (deudor), del remanente del patrimonio autónomo, reduciendo los efectos de esta acción a un simple problema de terminación del negocio fiduciario. En nuestra opinión esta interpretación del artículo mencionado constituye una burla al texto claro de la norma y a la finalidad que esta entraña.

En esta misma línea de pensamiento, afirmamos que la anterior interpretación del artículo 1238 del Código de Comercio, tiene una mejor interpretación en lo que manifiesta Stella Villegas, quien al tratar el artículo 1238 del Código de Comercio, sostiene que: “En este orden de ideas parece ser que el legislador mercantil hubiese creado una nueva especie de acción pauliana, en la que no se requiere probar el *concilium fraudis*. En otras palabras, la confabulación que se puede presentar entre el deudor y su fiduciario, ni tampoco la mala fe exclusiva del deudor, según se impone para los contratos que se celebren a título gratuito (artículo 2491 del Código Civil). Lo previsto en el Código de Comercio es definitivamente más amplio a lo dispuesto en el correspondiente del Código Civil. En la fiducia se dejó a un lado el fraude, la mala fe, la insuficiencia de los bienes del deudor para responder por las obligaciones contraídas, para dar cabida a la posibilidad de enervar la fiducia por deudas contraídas con anterioridad a la

misma, aún cuando no se configuren los elementos fraudulentos ya enumerados”.²¹

En conclusión, la finalidad de la acción que se comenta no solamente entraña la terminación del contrato fiduciario. Sino, se trata de un mecanismo de reconstitución del patrimonio del deudor; de una acción encaminada a devolverle a ese patrimonio unos bienes determinados, de la misma índole que la de las acciones pauliana, de reembolso, restitución o revocación de procesos concursales.

c. Oposición a medidas preventivas o de ejecución.

El artículo 1234, numeral 4 del Código de Comercio, establece como deber indelegable del fiduciario “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y de aún del mismo constituyente.”

Del anterior artículo se desprenden, entre otras, las siguientes situaciones:

c.1. Oposición a medidas cautelares. En cuanto a este punto, no tendremos dificultades en la medida en que estas medidas se practiquen dentro de un proceso judicial, en el que se demande el fideicomiso, ya que, siendo

²¹ En: Fiducia mercantil. Asociación Bancaria de Colombia -Pevill Impresores, Bogotá. 1986, Pág 86

el fiduciario su vocero, estará informado del proceso y de la práctica de las medidas cautelares, como parte que es.

Si la medida cautelar tiene oportunidad en un proceso en el que no es parte el fideicomiso (acreedor anterior que ejecuta al fiduciante, por ejemplo, y denuncia entre los bienes del demandado al patrimonio autónomo), debe el fiduciario obrar diligentemente y oponerse a esas medidas cautelares tomando en cuenta y alegando que los bienes fideicomitados no son embargables en estos casos como lo indica el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, respecto a su intervención para exponer sus razones, así como la oportunidad probatoria, tienen que respetar las normas, los trámites y las oportunidades que, como se sabe, son de orden público según lo establece el artículo 6 Código de Procedimiento Civil, y los últimos de carácter preclusivo artículos 62, 136, 184 del Código de Procedimiento Civil.

c.2. Defensa diligente. A este respecto, ya se mencionó cómo la fiducia mercantil, puede ser titular de derechos subjetivos, y, en consecuencia, puede ser demandante, demandado o tercero interviniente en los procesos.

Es claro entonces que, el desarrollo del negocio fiduciario puede verse involucrado en distintas clases de litigio, y es ahí, donde la fiduciaria deberá asumir una defensa idónea, en procura de la conservación y protección de los bienes fideicomitados. La fiduciaria deberá asumir una estrategia encaminada a la diligente utilización de las oportunidades que ofrece cada proceso, esto es: para el

proceso ejecutivo - uno de los mas probables - deberá adelantar de manera pronta y eficaz la solicitud de revocatoria del mandamiento de pago, la proposición de excepciones, la oposición a las medidas cautelares, el tramite de desembargos que resulten pertinentes, e intentar las demás medidas que resultaren idóneas, para estructurar la defensa del fideicomiso; así como también preservar la segunda instancia, interponer recursos razonables y útiles encaminadas al mismo fin, la protección del patrimonio autónomo.

c.3. Actuación del beneficiario. Es sin lugar a dudas un sujeto procesal. El Código de Comercio en su artículo 1235, numeral 3, tiene como propósito subsanar la eventual defensa negligente del fiduciario mediante la presencia del beneficiario, bien porque el fiduciario no ha comparecido al proceso o porque estando vinculado no desarrolla diligencia alguna tendiente a la adecuada protección del fideicomiso.

Esta intervención del beneficiario conlleva una legitimación extraordinaria que lo convierte en sujeto de derecho al cual la ley le autoriza realizar actos procesales, que eran de competencia del fiduciario es decir, que el beneficiario simplemente sustituye a quién correspondía hacerle frente al proceso, como vocero del patrimonio autónomo.²²

²² El concepto de legitimación extraordinaria para actuar en reemplazo del fiduciario, en procesos en los que este último, no presenta una diligente defensa, esta contemplado en laudo arbitral Bloch Niño y Cía. S. En C. vs. Fiduciaria Colmena S.A. Pág. 18-19. citada En JURISCONSULTA No 2 Enero- Marzo de 1999. Pág. 202 -203.

Por último la intervención del beneficiario, no trae consigo alteración de la relación jurídico-procesal en ninguna de sus manifestaciones, porque lo único que se presenta es un cambio de representación del fiduciario por el beneficiario frente a la defensa en juicio, del fideicomiso.

d. Rendición de cuentas. La obligación indelegable que tiene el fiduciario de rendir cuentas (artículo 1234, numeral 4 del Código de Comercio) puede presentar dos situaciones a saber: a). La resistencia del beneficiario o del fideicomitente a recibirlas o aceptarlas (con razón o sin ella); b). La negativa del fiduciario a rendirlas, o la rendición incompleta, confusa, amañada o insatisfactoria para el fideicomitente o beneficiario. En el primer caso, se debe tener en cuenta que la rendición de cuentas resulta imprescindible para liquidar el negocio jurídico de la fiducia, así como también es necesario para proceder a las restituciones y para determinar la eventual responsabilidad de la entidad fiduciaria, razón por la cual la ley prevé (artículo 408 a 414 y 419 del Código de Procedimiento Civil), que quién deba rendir cuentas y se encuentre en la situación comentada puede rendirlas a través del proceso abreviado de rendición espontánea de cuentas.

En el segundo caso mencionado, la ley prevé (artículos 408 a 414 y 418 del Código de Procedimiento Civil) la posibilidad de que el constituyente o el beneficiario, puedan exigir o provocar una rendición de cuentas. Que también se tramita a través de un proceso abreviado.

e. Pago por consignación. A este respecto, la entidad fiduciaria tiene dentro de sus deberes el contemplado en el (artículo 1234, numeral 7° del Código de Comercio) en los siguientes términos: “transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme con el acto constitutivo o con la ley, una vez concluido el negocio fiduciario”. Es decir, que una vez terminado el contrato de fiducia, el fiduciario se convierte en deudor y la prestación debida será la de transferir los bienes respectivos.

En este orden de ideas, si el beneficiario o el constituyente, se oponen o se muestran reacios a la restitución, el fiduciario puede verse perjudicado porque, deberá seguir atendiendo determinadas expensas y continuar con la guarda y custodia de los bienes, situación a la que no puede obligárselo a permanecer. Para que dicha situación no persista el fiduciario podrá iniciar el proceso abreviado de pago por consignación (artículos 408 a 414 y 420 del Código de Procedimiento Civil) donde el beneficiario o constituyente expresara oposiciones al ofrecimiento de pago, de no ser así, el juez declarará válido el pago, liberando así de toda responsabilidad a la entidad fiduciaria.

Conclusiones

Es claro que las entidades fiduciarias en Colombia están facultadas para prestar sus servicios, a través de un producto fiduciario que recibiría el nombre de fiducia testamentaria, la cual, sin lugar a dudas, ha de estar dentro del producto fiduciario de administración, de actual manejo en todas las sociedades fiduciarias.

El servicio de administración que prestarían éstas entidades, es específicamente de herencias y legados con el fin de cumplir la finalidad señalada por el causante-fiduciante en su testamento.

Es indudable que el interés del causante, es el de que esa herencia o legado, que representa inevitablemente un conjunto de bienes, al ser asignados por él en acto testamentario a aquellos que no tienen la capacidad, la experiencia o los conocimientos suficientes para manejar estos bienes y recursos, los mismos sean manejados de manera profesional por aquellas entidades facultadas para hacerlo, las cuales son vigiladas y controladas por la Superintendencia Bancaria.

Como se demostró, es factible que el testador disponga en su testamento que los bienes de la herencia o del legado sean entregados a una fiduciaria, ya mediante un contrato fiduciario, ya mediante un encargo fiduciario.

La finalidad no es otra distinta a aquella en la que la entidad fiduciaria escogida administre estos recursos en la forma que para tal efecto ha querido el fideicomitente, ya entregando al beneficiario una mensualidad producto de los rendimientos financieros arrojados por los bienes fideicomitados, ya administrando bienes de propiedad de incapaces.

La autonomía de la voluntad en materia hereditaria encuentra su sustento en la ley, la que permite la manifestación de la voluntad del *de cuius* a través de testamento, es decir, un acto jurídico unilateral solemne, mediante el cual se determina la forma en que se han de repartir los bienes que se dejan al morir.

Esta facultad para disponer de sus bienes es limitada, pues para que el testamento sea válido, se deben respetar los órdenes establecidos en la ley, de forma que sobre la mitad de los bienes, en el campo de las legítimas, su facultad se limita a lo dispuesto en la ley. En la cuarta de mejoras su competencia se amplía, puesto que puede decidir a quién o a quiénes de sus descendientes mejorará su asignación, y, por último, en la cuarta de libre disposición ejercer de manera plena su autonomía de la voluntad.

Sin embargo, es necesario determinar cuáles son los límites propios de dicha autonomía, pues su ejercicio no responde a un poder omnímodo.

Para concluir, los límites que al derecho de testar libremente ha impuesto el legislador, a través de la institución de las asignaciones forzosas, tanto en la

sucesión testada como en la intestada, buscan proteger a la familia y se originan en razones de interés público.

Tales restricciones son, por lo demás, razonables y constitucionalmente válidas, pues se desprenden de la primacía del interés general, representado, en este caso, en la protección de la familia; se explica por razón de la intangibilidad de los derechos económicos que, a favor de sus miembros, ha de producir la voluntad responsable de conformarla, efectos que, como es sabido, se proyectan intemporalmente.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ- CORREA D, Eduardo. Contratos Bancarios. Primera Edición. Bogotá. Una Empresa Docente. Facultad de Administración Facultad de Derecho Universidad de los Andes. 1991

Asociación de Fiduciarias. La Cartilla Fiduciaria, fiducia para todos . 1995-1996
Pág. 3

CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, Eduardo. El ABC de los Servicios fiduciarios en Colombia. Primera Edición Bogotá – Colombia. Editorial Temis S.A. 1987 Pág. 16 y 18

-----La Fiducia. Segunda Edición. Santa fe de Bogotá: Editorial Temis S.A. 1997
Págs. 8 a 17

COLOMBIA, CODIGO CIVIL. Sexta Edición 1995. Editorial Leyer. S.A.

COLOMBIA, CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Décima quinta edición. Editorial Leyer. Pág. 61

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación 9 octubre de 1902, "G.J". t. XVI, Pág. 68

Guía del Sector Financiero. Actividades del Sector Financiero. Fiducia 9. En: Guía del Sector Financiero. Santa fe de Bogotá 1998. Medios y Medios Editores Cía. Ltda.. Págs. 178-179-180-371

IHERING, R. Von. La lucha por el derecho. Porrúa, México. 1982. Pág. 1 y 3. Traducción de Adolfo Posada

MORALES, Hernando. Curso de derecho procesal civil 8ª edición. Parte General. ABC, Bogotá. 1983. Pág. 218

PEÑA CASTRILLON, Gilberto. Aspectos procesales de la fiducia mercantil. En: Jurisconsulta No. 2 Enero - Marzo de 1999. Pág. 192 - 195

RAMÍREZ FUERTES, Roberto. Sucesiones. Quinta Edición. Santa fe de Bogotá – Colombia: Editorial Temis S.A. 1999. Pág. 150

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Sucesiones. Tercera Edición. Santa fe de Bogotá – Colombia: Editorial Temis S.A. 1999. Pág. 286-303