

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

FACULTAD DE DERECHO

MONOGRAFÍA DE GRADO

"Historia, Reglamentación y Clasificación de la Fiducia Mercantil en el Régimen Colombiano, y el Surgimiento y Naturaleza en el derecho comparado".

DIRECTOR: EDUARDO DEVIS-MORALES

PRESENTADO POR:

**TATIANA ANDREA GONZÁLEZ CERON.
JUAN ANTONIO CUBAQUE CAÑAVERA.**

Chía, Campus del Puente del Común, Junio 2 de 2000

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

FACULTAD DE DERECHO

MONOGRAFÍA DE GRADO

"Historia, Reglamentación y Clasificación de la Fiducia Mercantil en el Régimen Colombiano, y el Surgimiento y Naturaleza en el derecho comparado".

DIRECTOR: EDUARDO DEVIS-MORALES

PRESENTADO POR:

**TATIANA ANDREA GONZALEZ CERON.
JUAN ANTONIO CUBAQUE CAÑAVERA.**

Chía, Campus del Puente del Común, Junio 2 de 2000

TABLA DE CONTENIDO

Capítulo I

- 1 ANTECEDENTES HISTORICOS Y ETIMOLOGIA DE LA FIDUCIA MERCANTIL
 - 1.1. Etimología
 - 1.2. Antecedentes Históricos
 - 1.2.1 En el Derecho Romano
 - 1.2.1.1 En la adopción.
 - 1.2.1.2 En la emancipación.
 - 1.2.1.3 En el Derecho Sucesoral
 - 1.2.1.4 En la fiducia Cum Creditore
 - 1.2.1.5 En la Fiducia Cum Amico
 - 1.2.1.6 En el Fideicomiso
 - 1.2.2 En el Derecho Anglosajón
 - 1.2.2.1 El Use
 - 1.2.2.2 El Trust
 - 1.2.2.2.1 Especies de Trust

Capítulo II

2. REGULACIÓN DE LA FIDUCIA MERCANTIL EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL
 - 2.1 En el Código Civil
 - 2.1.1 Propiedad Fiduciaria
 - 2.1.2 El Encargo fiduciario
 - 2.1.3 Albaceazgo Fiduciario
 - 2.2 En el Código de Comercio
 - 2.2.1 Características
 - 2.2.2 Negocios Fiduciarios Prohibidos
 - 2.3 En el Derecho Bancario
 - 2.3.1 En la Ley 51 de 1918
 - 2.3.2 En la Ley 45 de 1923
 - 2.3.3 En la Ley 45 de 1990
 - 2.3.4 En el Decreto 663 de 1993

Capítulo III

3. SURGIMIENTO Y NATURALEZA DE LA FIDUCIA MERCANTIL EN EL DERECHO COMPARADO

- 3.1 Surgimiento de la Fiducia Mercantil
 - 3.1.1 México
 - 3.1.2 Venezuela
 - 3.1.3 Honduras
 - 3.1.4 Costa Rica
 - 3.1.5 Guatemala
 - 3.1.6 Argentina
 - 3.1.7 Ecuador
 - 3.1.8 El Salvador
 - 3.1.9 Nicaragua

- 3.2 Doctrina y su crítica
 - 3.2.1. Teoría del Mandato (Panamá)
 - 3.2.1.1 Exposición
 - 3.2.1.2 Crítica
 - 3.2.2. El Fideicomiso como Desdoblamiento del Derecho de Propiedad. (Italia)
 - 3.2.2.1 Exposición
 - 3.2.2.2. Crítica
 - 3.2.3. El Fideicomiso como Patrimonio sin Titular (Francia)
 - 3.2.3.1 Exposición
 - 3.2.3.2 Crítica
 - 3.2.4. El Fideicomiso como transmisión de derechos del fiduciario (México)
 - 3.2.5.1 Exposición
 - 3.2.5.2 Crítica
 - 3.2.5. El Fideicomiso como una operación bancaria (México)
 - 3.2.5.1. Exposición
 - 3.2.5.2 Crítica
 - 3.2.6. El Fideicomiso como Negocio Fiduciario (México)
 - 3.2.6.1 Exposición
 - 3.2.6.2. Crítica
 - 3.2.7. El Fideicomiso como Negocio Indirecto (Alemania)
 - 3.2.7.1 Exposición
 - 3.2.7.2 Crítica
 - 3.2.8. El Fideicomiso como Acto de Comercio (Argentina)
 - 3.2.8.1 Exposición
 - 3.2.8.2 Crítica
 - 3.2.9 El Fideicomiso como Acto Unilateral (México)

- 3.2.9.1 Exposición
- 3.2.9.2 Crítica

Capítulo IV

- 4. DIVERSAS CLASIFICACIONES
 - 4.1 Según los sujetos
 - 4.1.1 Constituyente
 - 4.1.2 Fiduciario
 - 4.1.3 Beneficiario
 - 4.2 Según su objeto
 - 4.3 Según su contenido
 - 4.4 Según el Hecho Jurídico
 - 4.5 Según la modalidad
 - 4.6 Según su finalidad
 - 4.6.1 Fideicomiso de Inversión.
 - 4.6.2 Fideicomiso de Administración.
 - 4.6.3 Fideicomiso de Garantía
 - 4.6.4 Fideicomiso de Titularización
 - 4.6.4.1 Procedimiento de Titularización
 - 4.6.4.2 Titularización Inmobiliaria
 - 4.7 Extinción de la fiducia mercantil

Capítulo I

1. ETIMOLOGÍA Y ANTECEDENTES HISTORICOS

Para comprender a cabalidad esta entidad jurídica de la fiducia, es necesario adentrarnos previamente y así sea de manera somera, en el análisis de su etimología y de sus antecedentes históricos, pues no olvidemos que el derecho, que es una actividad humana y no una expresión verbal, es una ciencia social e histórica.

1.1 ETIMOLOGIA:

El término Fiducia deriva de la voz latina “Fiducia”, vocablo que significa “confianza, fe, fidelidad, atrevimiento, orgullo, presunción, depósito, fideicomiso, venta simulada, contrato ficticio”.¹

1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS

1.2.1 EN EL DERECHO ROMANO:

El significado ya transcrito de este vocablo en la lengua latina, nos señala la íntima conexión que puede tener con el Derecho Romano. Es por ello que comenzaremos por analizar los diversos institutos jurídicos en donde la voz Fiducia tiene alguna repercusión.

1.2.1.1 En la Adopción:

En donde aparece como especie de pacto accesorio, denominado Pacto de Fiducia y que se explica así:

Según la Ley de Las Doce Tablas², la adopción se realizaba por intermedio de una auctoritas (Magistrado), ante la cual su padre natural debía romper la “auctoritas”³

¹ Machi, Luis, *Diccionario de la Lengua Latina*, 2ª Edición, Editorial Apis, Rosario Argentina, 1941, pág. 272.

² “Los romanos practicaron dos formas de adopción: la adrogatio y la adopción propiamente dicha..... la primera forma se práctico desde los orígenes de Roma, mientras que la otra parece comenzar con la Ley de las Doce Tablas”. (Enciclopedia Jurídica Omeba, T. I, Editorial Bibliográfica Argentina, 1954, pág 500).

³ “Se trata de un tema complicado como ninguno. Se trata fundamentalmente de una noción muy rica y que se encuentra en la interacción del derecho de personas, de los derechos reales y de las obligaciones, sirviendo igualmente para aclarar la intersección entre el derecho privado y el público... De todas maneras existe una noción general de auctoritas considerada como “título de propiedad” (Magdelaín) o una autoridad legítima, un poder de derecho “(Levy-Bruhl)” (Paul Orliac y J. De Malafosse, *Derecho Romano y Francés Histórico*, T. II, *Los Bienes*, Traducción italiana por Francisco de Pels Maeker e Ivañez, Editorial Reus S.A, IV Edición, 1980, págs 515 y 516).

que lo ligaba al hijo, emancipándolo⁴ y pasándolo al adoptante bajo el denominado “mancipium”⁵. A su vez, el adoptante, a través del *Pacto de Fiducia*, se comprometía a “manumitir” o liberar de inmediato al adoptado.

Esta era una operación que se repetía por tres veces consecutivas; exigía la realización de un proceso ficticio y estaba impregnada, como todo el derecho de la época, del más exagerado formalismo.

Esta figura, que imperó en el Derecho Romano “Ante-Justiniano”, tomó el nombre de *Adopción Propia*, y fue superada en el Derecho de Justiniano, cuando la adopción se verificará de una manera más sencilla, debido al desaparecimiento de esa excesiva formalidad característica de los tiempos primitivos del Derecho Romano.

Es importante resaltar que lo trascendental de la figura es la confianza que se tiene en que el adoptante manumitirá por tres veces al adoptado; por eso la denominación de Pacto de Fiducia.

1.2.1.2 En la Emancipación⁶

La emancipación es el acto por el cual el “pater familias” renuncia a su potestad sobre un “filius familias”.

En la emancipación también encontramos la figura de la Fiducia. Parece, según las investigaciones de los romanistas, que en los tiempos primitivos no existía ningún modo para emancipar a un “filius familias”⁷, por ello los jurisconsultos, con base en una disposición de la Ley de Las Doce Tablas⁸, crearon la institución. Dicha norma tenía por objeto castigar al “pater familias”⁹ que abusaba de sus derechos, vendiendo por tres veces a su “filius familias” y después de que el comprador lo

⁴ La emancipación es “el acto por el cual el jefe de familia hace salir al hijo de su potestad haciéndole *sui juris*” (Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Nacional, México, 1975, pág. 120).

⁵ “... es una autoridad de derecho civil que puede pertenecer a un hombre libre y que depende a la vez de la autoridad paterna y de la del señor” ... “dejó de existir bajo Justiniano...” (Petit Eugene, ob. cit., págs. 123 y 124).

⁶ De “mancipatio”, “acto solemne típicamente romano (que solo los ciudadanos romanos pueden utilizar y sólo respecto a las cosas susceptibles de propiedad quiritaria, *res mancipi*), necesita para su validez del empleo de un ritual que actúa una transmisión del derecho real con garantías, para convertirse en un modo abstracto de transmisión de la propiedad y de los derechos más variados”. (Paul Ourliac y J. De Malafosse, ob. cit., pág. 520).

⁷ Hijo de familia, Macchi, Luis, ob. cit., págs. 206 y 212.

⁸ La plebe protestó por la falta de precisión de las normas jurídicas, que tenían como única fuente la costumbre. “Los tribunos fueron los intérpretes de las justas reclamaciones de la plebe. Pidieron la redacción de una ley que rigiera igualmente para todos los ciudadanos. Después de diez años de resistencia los patricios cedieron por último; el senado y los tribunos se pusieron de acuerdo y fue convenido que una ley aplicable a las dos órdenes sería redactada y promulgada. Esta ley fue la de Las XII Tablas”. (Petit, Eugene, ob. cit., pág. 36).

⁹ “Padre de familia, jefe dueño de una casa” (Macchi, Luis, ob. cit., pág. 408).

hubiere manumitido, ese “filius familias” debía quedar libre de la patria potestad. Con base en este precepto y con una finalidad diferente, el “pater familias” podía vender al “filius familias” a una persona de su *absoluta confianza* y en la forma exigida por la “mancipatio”, por tres veces y esa persona (de la absoluta confianza) siempre lo manumitía. Siendo que la última “manumisión” era la que libraba al “manumitido” de la patria potestad y para evitar la situación de que ese tercero adquiriese sobre aquél el derecho de patronato y la tutela, en el caso de que fuera impúber¹⁰ el “pater familias” hacia “remancipar” al “filius familias” para manumitirlo, lo que se consignaba en un *Pacto de Fiducia*, es decir en un pacto de confianza.

Nuevamente el Pacto de Fiducia sigue sentándose en el principio de la confianza, de la fe.

Este sistema de emancipar duró hasta la época del Derecho Justiniano, en que fueron introducidas unas formas más sencillas en la edad Bizantina, específicamente las llamadas *emancipación Anastasiana* y *emancipación Justiniana*.¹¹

1 .2.1.3. En el Derecho Sucesoral:

Como fundamento del llamado TESTAMENTI FACIENDI GRATIA¹².

Como bien sabemos, también en el antiguo Derecho Romano las mujeres entraban a formar parte de la familia del marido mediante la figura conocida como la “Conventio In Manum”, según la cual la esposa se hacía “Filia Familias y quedaba sometida al nuevo Pater Familias”. Ella se utilizaba a través de formas de tipo solemne: La Confarreatio y la Coemptio. En caso de que no fueren utilizadas se acudía al “usus”¹³.

¹⁰ “De impubes” “que aún no tiene barba, que aún no ha llegado a la edad de la pubertad”. (Macchi, Luis, ob. cit., pág. 260).

¹¹ Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Editorial Reus, Madrid, 1965, págs. 155 y 156.

Hay que aclarar que esta figura solo se aplicaba a los hijos varones, pues para las mujeres, para los nietos, para los sobrinos, de acuerdo a la interpretación literal de la palabra “filius” en la Ley de Las XII Tablas, se admitió que era suficiente con una sola “mancipación” para que se produjera el fenómeno de la emancipación, o sea, de la salida del “pater familias”.

¹²“denomina Gayo en el texto latino esta compra de garantía con el objeto de poder testar, y así se llama entre los autores de derecho romano tal figura jurídica. Se explica fácilmente el sistema si se atiende al hecho de que al quedar primero la mujer en mancipacium, a partir de la primera, y luego al ser manumutida, sufría una capitis demenutio mínima a consecuencia de lo cual salía de su familia agnaticia y dejaba de pertenecer a su gens. Entonces como mujer sui iuris, sujeta a la tutela fiduciaria de su manumisor, podía testar con la autoritas de éste desde luego”. (Ortiz Márquez, Julio, *Comentarios a las Instituciones de Gayo*, Coedición de Ediciones Tercer Mundo y Universidad Libre de Colombia, 1968, págs.80 y 81).

¹³“... parece ser el más antiguo. Es una especie de adquisición por el uso. La posesión de la mujer, continuada durante un año, daba al marido la manus. Según una disposición de las XII tablas, la mujer que quisiera escapar tenía que interrumpir esta posesión pasando tres noches cada año fuera

La Coemptio, que es la que interesa para nuestro estudio, “es una compra fingida de la mujer en la forma de mancipación”.

Los romanos tenían establecida una capacidad de testar y de suceder por testamento, a la que denominaban “Testamenti Factio”, que los comentaristas han distinguido en “Testamenti Factio Activa”, o sea, la capacidad de testar y “Testamenti Factio Pasiva”, que es la capacidad de ser instituido heredero¹⁴.

Salvo las vestales, las mujeres - que eran sui iuris¹⁵ según lo dijimos antes - en el antiquísimo Derecho Romano fueron absolutamente incapaces de testar. Sin embargo, al final de la República tuvieron la facultad de hacer testamento mediante el pacto de sufrir una ‘capitis deminutio’¹⁶, o sea, de salir de la familia propia, sometiéndose, mediante “fiduciaria coemptio”, a la “manus”¹⁷ de un tercero y haciéndose luego libertar; el expediente de la coemptio fiduciaria era usado ampliamente por la mujer con este fin, esto es, “testamenti faciendi gratia”¹⁸.

La *Fiducia Coemptio* contenía el compromiso del tercero que compraba a la mujer, que salía de la familia de su marido, de libertarla para que pudiera testar.

Nuevamente observamos que el Pacto de Fiducia se centra en la confianza, en la fe que se deposita en un tercero para poder, posteriormente, obtener el estado de plena capacidad de testar: La Testamenti Factio Activa.

del techo conyugal. Gayo constató la desaparición de esta costumbre”. (Petit, Eugene, ob. cit., pág. 122).

¹⁴ Ortíz Márquez, Julio, ob. cit., pág. 222.

¹⁵ “Las personas libres de toda autoridad dependiendo de ellas mismas, se llaman sui iuris. El hombre sui iuris es llamado “pater familias” o jefe de familia. Este título implica el derecho de tener un patrimonio, y de ejercer, sobre otro, las cuatro clases de poderes. El ciudadano sui iuris los disfruta, sea cual fuere su edad, y aunque no tenga de hecho persona alguna sobre su autoridad. La mujer sui iuris es llamada también “mater familias”, esté o no casada, siempre que sea de costumbres honestas. Puede tener un patrimonio y ejercer la autoridad de ama sobre los esclavos, pero la autoridad paternal, la manus y la mancipium, solo pertenecen a los hombres. (Petit, Eugene, ob. cit., pág. 95).

¹⁶ “..... la que indica, en el lenguaje de los clásicos, la pérdida que un individuo sufre de la libertad, o del ciudadano de la posición que ocupaba en la familia. El uso originario de capitis deminutio debió ser con relación al grupo, que disminuía en un miembro: sea este grupo el populus, como cuando uno de los ciudadanos pierde la civitas libertas que (capitis deminutiones maxima y media de los juristas), o sea la familia, como cuando uno de sus miembros sale de ella por emancipación o entra a formar parte de otra por adopción o matrimonio cum manu (capitis deminutio mínima de la terminología posterior). Más tarde, la expresión fue usada con relación al individuo, y se dijo sufrir, una capitis deminutio, ser capite deminutus (o minutus); de donde vendría el hecho de traducir caput por “posición jurídica”. (Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1973, pág. 51).

¹⁷ “La manus es una potestad organizada por el Derecho Civil y propia de los ciudadanos romanos. Presente la mayor analogía con la potestad paterna, pero sólo puede ejercerse sobre una mujer casada. En un principio, pertenece al marido; siendo éste allieni iuris, se ejercerá por el jefe de familia; y, por último, puede establecerse, a título temporal, en provecho de un tercero” (Petit, Eugene, ob. cit., pág. 127).

¹⁸ Bonfante, Pedro, ob. cit., pág. 598 y ss.

La “*Testamenti Faciendi Gratia*” fue abolida por el Emperador Adriano, quien concedió a la mujer la facultad de testar, aunque exigiendo la intervención de la autoridad de su tutor.

1.2.1.4 En la *Fiducia Cum Creditore*:

Sólo hasta el año 326 a.C., por la Ley “*Poetelia Papiria*”, el patrimonio pasó a ser prenda general de los acreedores *quirografarios*. Hasta entonces el deudor respondía de sus obligaciones con su libertad o con su vida, a través del uso que hacían los acreedores de la “*Manus Iniectio*”¹⁹, este procedimiento fue reducido a su mínima expresión por la Ley *Poetelia*, “emanada después de repetidos tumultos de los plebeyos deudores, abolió el carácter penal de la *Manus Iniectio*, vedando matar, vender o encarcelar al deudo insolvente”.²⁰

Esta situación llevó a los acreedores a idear fórmulas que les permitieran garantizar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los deudores, y apareció entonces la figura por medio de la cual éstos transmitían la propiedad de algunos de sus bienes a aquéllos, con cargo a que una vez satisfecha la obligación, dicha propiedad regresare al deudor que había cumplido; figura que permitía que si el deudor no satisfacía a tiempo la obligación el acreedor podría quedarse con el bien y lograr compensar lo prestado.

Pero podía ocurrir que el bien cuya propiedad se transmitía, tuviese un valor superior a lo prestado o que el acreedor convertido en propietario, lo enajenase antes de vencerse el crédito, careciendo el deudor de todo derecho para reclamar al tercero adquiriendo el bien o pedir que se le indemnizase su mayor valor.

¹⁹ “El prestatario, *nexus*, es más que un mero deudor sujeto a su acreedor en razón de un contrato, - está en un estado de *cuasi-esclavitud*. Sin embargo su sujeción solamente es virtual, ya que, en caso de que no satisfaga su obligación al vencer ésta, para que sea eficaz su *servidumbre*, se requiere el empleo de un procedimiento particular (*manus Iniectio*); no se recurre a la justicia privada, sino que “la fuente de la coacción es exclusivamente jurídica” (Noailles, op. cit., pág. 126), y consiste en un acto ritual consagrado por la ley de Las XII Tablas. Según una hipótesis reciente, no se necesitaría la segunda parte de esta ceremonia, ya que, estando unido a su acreedor por un vínculo de *fides*, el *nexus* ofrece su propia persona como garantía de su crédito, sometiéndose al arbitrio del que le ha hecho el préstamo hasta que la deuda haya sido satisfecha. “Especie de contrato de carácter místico”, el *nexus* produce todos sus efectos por exclusiva fuerza ritual; vemos aquí plasmada la hipótesis de que la justicia ha tenido un origen mágico y religioso, y no hay en ella, como se ha pretendido, una consecuencia del “régimen de la fuerza y de la venganza” (Ellul, 1, página 257) (Ourliac, Paul y J. De Malafosse, ob. cit., T. 1. pág. 92).

²⁰ Bonfante, Pedro, ob. cit., pág. 133.

“Como ha observado Noailles (op. cit., pág. 144), no sabemos qué transformaciones habrá sufrido el *nexus* para convertirse en un contrato, ya que desaparece antes de que su transformación se haya hecho completa. A principios del siglo IV, a.C., la *lex Poetelia Papiria*, votada en provecho de la plebe endeudada, suavizó la suerte de los vinculados por el *nexus* y, al hacerlo, quitó todo interés a este acto; al aparecer procedimientos más suaves de ejecución forzosa, sobre todo la ejecución sobre los bienes, el desuso de aquél se acentúa y pronto cae en el olvido”. (Ourliac, Paul, ob. cit., T. 1, pág. 92)

Tal situación obligó al Pretor a establecer la “Actio Fiduciae”²¹ que era una acción infamante y que aparece, cuando aún no se le había reconocido un carácter legal a la Fiducia, como medio para recuperar el bien o lograr la indemnización del mayor valor. Esta “Actio Fiduciae” viene a ser reemplazada por la “Actio Bonae Fidei”, cuando la Fiducia comienza a ser protegida por el Derecho.

Estamos, pues, frente a una institución que impone una obligación al acreedor, llamado también *Fiduciario*, para que regrese el bien una vez satisfecha la obligación, a manos del deudor *fideicomitente*. Esta es la obligación que impone el Pacto de Fiducia denominado *Cum Creditore*, que era “una convención privada de formas y distinta de la *Mancipatio*”.

La “Fiducia *Cum Creditore*”, que fue el antecedente de las garantías reales de la prenda y la hipoteca, desaparece en la época romano-helénica, junto con la “*Mancipatio*” y la “*In iure Cessio*”²².

Hay que anotar que la “Actio Fiduciae”, al igual que todas las acciones de creación del Pretor, no estaba consignada en el Derecho Estricto y por ello se conocen bajo la denominación de Acciones Civiles de Buena Fe, concedidas para los contratos unilaterales, que permitían al Pretor una interpretación amplia y un fallo en equidad. Al contrario de la acción de Derecho Estricto, en donde el Pretor estaba obligado a ceñirse al tenor literal de las cláusulas consignadas en el contrato.

1.2.1.5. Fiducia Cum Amico:

Cuando el Pacto de Fiducia no estaba encaminado a proteger los intereses de los acreedores, sino que buscaba constituir un depósito sobre el bien, un comodato, un goce gratuito o cualquier otro uso, o mancipar al fiduciario o al esclavo, entonces la

²¹ “... cuando en el formulario de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* se introdujo el inciso *fiducia* (o *fidei fiduciae*) causa o se le acompañó con un pacto circunstanciado sobre los derechos y las obligaciones del adquirente, los juristas separaron este *pactum* del acto de transmisión del dominio con el cual estaba vinculado; y en época poco anterior a Cicerón, le dieran una protección judicial. Surgió así la *actio fiduciae*, en cuya fórmula, después de la mención de la operada transmisión de la cosa, y de los relativos acuerdos entre las partes, se invitaba al juez a verificar si el demandado se había comportado, en la conservación y restitución de la cosa, *uti inter bonos bona agere a portet et sine fraudatione*; la amplitud de los poderes así atribuidos al juez, y la analogía entre la frase citada y el *oportet ex fide bona*, hicieron que la fórmula en cuestión fuese incluida entre los *bonae fidei iudicia*, y que hasta fuese considerada casi como prototipo”. (Arango-Ruiz, Vincenzo, ob. cit., pág. 344).

²² “La *In iure Cessio*. - El abandono ante el magistrado es un modo de transmisión de los derechos reales calcado sobre un proceso. Igual que la *mancipatio*, se trata de una técnica del más puro derecho civil. Se reserva a los ciudadanos romanos y no puede tener por objeto más que cosas romanas, pero engloba tanto las *res mancipi* como las *nec mancipi*. Por el contrario, al tratarse de un proceso, las condiciones de capacidad que se exigen a las partes son más rigurosas”. (capacidad de comparecer en juicio y consiguiente exclusión de los *alieni iuris*. Gayo 2, 96).

Comprador y vendedor comparecen ante el magistrado como si trataran de sustanciar una acción reivindicatoria (Presencia de la cosa o símbolo). El adquirente afirma su derecho y el enajenante reconoce o se calla; el magistrado atribuye la cosa al comprador (tales son las formas del *sacramentum in rem*, (v. Ellul, T. I, págs. 260 y 329) (Ourliac, Paul, ob. cit., pág. 523 T. II).

fiducia tomaba la denominación de “Cum Amico”.

Por ello, con razón Bonfante define la fiducia como *‘una convención, por la cual una de las partes (fiduciario), al recibir de la otra (fiduciante) una cosa en la forma de la mancipatio o de la in jure cessio, asume la obligación de hacer uso de ella con un fin determinado, y, por lo menos según regla general, restituirla, una vez logrado el fin’*²³.

Luego, si el fin era de proporcionar al acreedor una garantía, estamos frente a la fiducia Cum Creditore; y si el fin es diferente, estamos frente a la fiducia Cum Amico.

Con el tiempo la fiducia Cum Amico fue restringiendo su campo de acción al Derecho Sucesoral, “bajo las formas, aún vigentes en el Derecho Civil Colombiano, del albaceazgo fiduciario y del fideicomiso”²⁴.

1.2.1.6. En el Fideicomiso

Como una proyección y mayor desarrollo de la “fiducia Cum Amico”, nacen otras instituciones, especialmente en materia sucesoral. Una de ellas es el Fideicomiso, que “como lo dice el nombre (fidei commissum), es un encargo que se confía a la honradez y a la fe ajena; en sentido técnico significa aquella disposición de última voluntad en la que se confía la ejecución fuera del testamento, en la fe de heres (testamentario o legítimo) o en otra persona beneficiada”²⁵.

“Es sabido que el ius civile o derecho civil estricto o derecho quirritario, era especialmente riguroso respecto de las personas y de las cosas a que era aplicable, de manera que por inflexibilidad de sus normas fácilmente se llegaba a cometer flagrantes injusticias. Para atemperar ese rigor, y con el criterio pragmático característico de los romanos, se ideó un medio indirecto que consistía en disponer de los bienes en favor de una persona plenamente capaz conforme al ius civile y rogarle, por medio del mismo testamento o privadamente, que los transmitiese a la persona que según el derecho civil estricto era incapaz de heredar al fiduciante y que éste designaba. En esta etapa de la evolución, el fideicomiso era un acto de liberalidad, cuyo cumplimiento quedaba confiado totalmente al honor y a la buena fe del fiduciario, dependiendo por entero de su voluntad, porque la ley no concedía acción alguna para exigir su cumplimiento, al menos en los primeros tiempos. El fideicomiso era, pues, un acto de máxima confianza en el fiduciario empleado para esquivar los rigores del derecho estricto que, al principio, fue solamente tolerado y más tarde aprobado y sancionado a medida que se usaba más.

²³ Bonfante, Pedro, ob. cit., pág. 477.

²⁴ Barragán, Alfonso M., *Derechos Reales*, Editorial Temis, Bogotá, 1971 pág. 118.

²⁵ Bonfante, Pedro, ob. cit., pág. 653 y 654.

Inicialmente el fideicomiso estuvo desligado de todo formalismo, hasta que se generalizó la escritura y entonces se presenta en el “Codicilo”, “un simple escrito”, que bajo Teodosio II y Justiniano se vio adornado de ciertas formalidades.

Así nació y se conformó el concepto de fideicomiso, todavía válido, como *el conjunto de bienes que por testamento se transmite a una persona que los recibe y que acepta la obligación de entregarlos a otra, conforme a la voluntad del testador y a las instrucciones recibidas*. La etimología de la palabra -fideis y commissus- indica con toda precisión lo que significa la institución: Lo que se encomienda a la buena fe, a la lealtad de otro”²⁶.

1.2.2. EN EL DERECHO ANGLOSAJON

Al decir de algunos autores mexicanos²⁷, la Fiducia Mercantil tiene como antecedente inmediato al Trust. Por tanto, es necesario rastrear sus antecedentes históricos.

1.2.2.1 El Use

El Trust es un desarrollo del USE, “que consistió en una transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento, a favor de un prestahombre, quien la poseería en provecho del beneficiario o cestui que use”.²⁸

Con esta figura se buscaban los más diversos fines, ya lícitos, ya ilícitos, como el no pago de los tributos feudales, el violar las leyes de manos muertas, el burlar a los acreedores.

Para algunos autores, el “use” tiene un origen romano (deriva del fideicomiso o del usufructo); hay quienes afirman que es germánico y para otros es aborigen, nació “de las reglas del common law relativas al mandato, en realidad un mandato carente de formalidades, utilizado en un principio para bienes muebles y que vino a cristalizar cuando la práctica fue extendida a los inmuebles”²⁹.

Por último, hay quienes sostienen que es indeterminado, pues “el acto de entregar bienes a una persona para que los emplee en beneficio de otra es inherente a la naturaleza humana, pudiendo observarse a diario, aun entre niños, inocentes de toda concepción jurídica”³⁰.

Desde la invasión y conquista de Inglaterra por los normandos en el siglo IX, imperaba el régimen de la propiedad feudal, eminentemente absolutista, estableciendo relaciones de derecho directas del Rey sobre los señores feudales y de éstos sobre los siervos, extendidas no solo sobre los bienes, sino sobre las mismas personas de los subordinados. El Rey distribuía su derecho de propiedad entre los nobles del reino, de acuerdo a los servicios prestados a la corona, en especial en

²⁶ Barragán. Alfonso M., ob. cit., pág. 118 y 119.

²⁷ Entre otros, Rodolfo Batiza, *El Fideicomiso*, Tercera Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1976, págs. 97 y ss

²⁸ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 33.

²⁹ Batiza, Rodolfo, ob. cit., págs. 33 y 36.

³⁰ Batiza, Rodolfo, ob. cit., págs. 36 y 37.

tiempo de guerra.

Así mismo, los nobles repartían las tierras entre sus siervos, mediante concesiones, rigiéndose por la figura llamada *Tenancies* o *Tenures*, o sea, la “tenencia que por autoridad del Rey se otorgaba a los vasallos”³¹.

Ese derecho (tenure) era muy limitado, pues el Rey podría revocarlo y el vasallo no podía transmitirlo por testamento.

Precisamente, esa prohibición dio origen a que los Tennant (vasallos dueños de tierras) “transfirieran a personas de entera confianza sus bienes, con el compromiso de restituirlos a sus herederos al fallecer el tennant”³². Estos eran los “uses”, que comenzaron a ser utilizados hacia el siglo XIII, generalizándose en el siglo XV.

Tal vez y en esto coinciden la mayoría de los autores³³, los acontecimientos más importantes que vinieron a dar auge al empleo del use, fueron la Ley de Manos Muertas (Statute Of Mortmain) de 1217, y las Guerras Dinásticas o de Las Dos Rosas.

Durante el siglo XII la iglesia, en Inglaterra llegó a adquirir grandes extensiones de tierra para la realización de fines benéficos³⁴. El Parlamento inglés consideró (olvidándose del fin social perseguido) que en esa forma se estaba patrocinando la concentración de la riqueza, se estaban creando grandes desigualdades sociales, y expidió en 1217 el Estatuto de Manos Muertas, que vino a ser superado a través de la constitución de uses.

Durante la Guerra de Las Dos Rosas (1460-1485)³⁵, los bienes de los vencidos estaban expuestos a ser confiscados por los vencedores, como pena por el delito de alta traición que se les imputaba. Para evitar esas confiscaciones los intervinientes en estas guerras, acudían a los uses y transmitían sus bienes a un tercero para beneficio suyo y de sus herederos, de tal manera que cuando eran condenados, ya no tenían bienes que les confiscaran, ya que el cesionario era el verdadero propietario de los mismos (ownweship) y además era ajeno al delito y conservaba la obligación, por su honor, de permitir al cedente y a sus herederos el uso y disfrute de los bienes, por tenerlos confiados a su buena fe (in trust).

Del siglo XIII al siglo XV los “uses” se caracterizaban por contener obligaciones de “carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del prestanombre o

³¹ Lara Meléndez, Jaime, *La Fiducia en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 1972, pág. 36.

³² Lara Meléndez, Jaime, ob. cit., pág. 36.

³³ Lara Meléndez, Jaime, ob. cit., pág. 36.

³⁴ Lara Meléndez, Jaime, ob. cit., pág. 36.

³⁵ En términos generales esta guerra se desata entre dos partidos en Inglaterra, “el uno, bajo el signo de los York, y el otro bajo los Lancaster..... quedando por exterminada la nobleza inglesa y dando por resultado la restauración de la estirpe yorquina en la persona de Eduardo IV.” (Jacques Pirenne, *Historia Universal*, Vol. II, Editorial Exito, S.A., Barcelona, 1967, pág 262).

“feoffee”. El beneficiario o “cestui que use carecía” de derechos protegidos por el orden jurídico, a cambio de lo cual estaba libre de los tributos y cargas que pesaban sobre la propiedad. Los tribunales guardaban una actitud neutral, sin intervenir, pero tampoco sin oponerse³⁶.

Fue tal el abuso que se cometió con esta institución, que el Parlamento inglés, “en el año de 1376 prohíbe las transmisiones en fraude de acreedores por las que una persona se reservaba el uso de la cosa; al año siguiente promulga una ley, reveladora de la turbulencia de la época, que sancionaba con nulidad los actos en que el despojante (disseisor) de tierras transfería a lords u otros magnates o a personas desconocidas para su propio uso, imposibilitando o dificultando así la restitución al verdadero dueño; en 1391 amplía la aplicación de las leyes de manos muertas, que decretaban a favor del soberano la confiscación de tierras transferidas a corporaciones religiosas, para cubrir la situación en que la transferencia se hiciera al uso de dichas corporaciones”³⁷.

El derecho Anglosajón, al igual que el derecho romano, era muy rígido, teniendo como fuente principal al common law, o derecho común, que centralizaba en el rey los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Esta última circunstancia permitió que las personas acudieran al rey en busca de justicia cuando las normas del common law no las protegía debidamente. Surgió así el concepto de equidad -equity- para aquellas situaciones no contempladas en el common law, debiendo delegar el monarca en el Canciller, autoridad religiosa, la facultad de juzgar; en esta forma surgieron los tribunales de cancillería diversos en su constitución a los tribunales de derecho común³⁸.

De esta manera se creó un sistema complejo basado en el análisis jurisprudencial de casos juzgados con anterioridad.

Así las cosas, la rigidez del sistema common law, hace que las personas agraviadas por el incumplimiento de las obligaciones por parte del trustee, por no encontrar ni base, ni camino procedimental para hacerlas exigibles, acudan al Canciller para que haga justicia en nombre de Dios. El Canciller, alto dignatario eclesiástico y delegado del Rey, tomó, como base para juzgar la violación de la fe guardada, y es así como, desde mediados del siglo XV, interviene para obligar a los feoffees infieles a observar sus obligaciones morales.

Desde entonces, el incumplimiento del use ya no quedaba exclusivamente a la buena fe del “feoffee to use”, pues en caso de incumplimiento de su parte, el Canciller llegaba a castigar con multas y aún con prisión la violación de la palabra dada, de la confianza depositada.

Esto ocasionó que los intereses de los señores feudales y del Rey se vieran

³⁶ Batiza, Rodolfo, ob. cit., págs. 37 y 38.

³⁷ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 38.

³⁸ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 38.

menguados, ya que los “uses” fueron frecuentemente utilizados para que los ocupantes de las tierras evadieran los privilegios otorgados a los terratenientes, pues las cargas impuestas eran muy onerosas. Se minaba en esta forma la base del sistema feudal.

Para acabar de un golpe con todos los inconvenientes y de paso con la práctica ya convertida en derecho consuetudinario de los “uses”, que privaba al Rey y a los grandes terratenientes del país, de sus cuantiosos privilegios y prerrogativas, el Parlamento inglés expidió durante el reinado de Enrique VIII, la Ley sobre Uses del año 1535, disponiendo sencillamente, que quien gozaba de un use sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho.

1.2.2.2 El Trust

Dicha ley no logró su objetivo ya que vino a vigorizar la práctica del use pero con un nuevo nombre: Surgió el *Trust* con la insospechada fuerza que le dio el Derecho de Equidad. En efecto, su primer objetivo, extirpar el desdoblamiento entre el derecho legal y el del beneficiario, no se logró en forma total. Los acontecimientos posteriores lo demostraron. En primer término, cuando el “feoffee to use” (persona a quien se entregaban los bienes), solo los administraba para que el beneficiario percibiera los frutos, la ley no produjo ningún efecto: El “use” quedaba ejecutado, es decir, el fiduciario pasaba a ser el verdadero dueño, pero el “cestui” seguía percibiendo los frutos.

Además, la ley no tuvo aplicación cuando el uso se refería a bienes muebles (recaía solo sobre inmuebles).

Y quedaba una situación en que el desdoblamiento entre los derechos legal y de equidad seguía siendo factible: La de un uso constituido sobre otro uso, o sea, cuando una cosa se transmitía a una persona para el uso de una tercera. El primer uso se declaraba ejecutado, transmitiéndose la propiedad absoluta al primer beneficiario, quien, a su vez, designaba como fiduciario al segundo.

Para evitar estas consecuencias, los tribunales de derecho común decidieron negarle validez al segundo use. Pero, en cambio, los tribunales de equidad consideraron que “si bien la persona favorecida con el primer use era la propietaria legal, la beneficiada con el segundo seguía siendo, como antaño, la dueña en equidad o titular de un derecho que resultaba a su favor por el segundo use”³⁹.

Estos casos no contemplados por la ley y el desarrollo de la riqueza nobiliaria, hicieron inevitable que el Canciller viniera a dar efectos a negocios semejantes a los antiguos uses, conocidos más tarde con el nombre de Trusts, los cuales con el transcurso del tiempo se vigorizaron y se hicieron extensivos a los bienes

³⁹ Villagordoa Lozano, José M., *Doctrina General del Fideicomiso*, Editorial Porrúa, México, 1976, pág. 26.

inmuebles, de preferencia a otros modos de propiedad.

Para concluir esta parte, podemos anotar lo dicho por Scott (citado por Batiza)⁴⁰: “La antigua actitud hacia los uses modificada por la intervención de los cancilleres durante el siglo XV y hecha más sutil y complicada por los tribunales del common law en el siglo siguiente, dio paso a una nueva elaboración del trust basada sobre concepciones más claras del orden público y de la naturaleza y los fines del derecho. Y por eso, Lord Mansfield pudo decir que, a su sentir, los trust no existieron sobre verdaderas bases hasta que el Gran Sello fue encomendado a Lord Nottingham (impulsador del principio de que la equidad sigue el derecho estricto, Siglo XVII), y que, partiendo de principios simples y de cierta colaboración del legislador, construíase desde entonces, a través del desenvolvimiento del trust, un sistema jurídico uniforme, racional y noble”

A pesar de la antigüedad de la institución no ha podido lograrse una definición totalmente aceptable por los tratadistas ingleses. La que menos reparos ha sufrido ha sido la formulada por Hart⁴¹, para quien el trust *“es una obligación impuesta ya sea expresamente o por implicación de la ley, en virtud de la cual el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene el control para beneficio de ciertas personas que indistintamente pueden exigir la obligación”*.

Definición que, al decir del mencionado autor, contiene las notas fundamentales del trust, a saber: “1o. Una obligación que puede ser impuesta expresamente o por implicación de la ley; 2o. La restricción de la obligación al manejo de bienes sobre los cuales el obligado tiene control; 3o. La separación entre el control de los bienes y la integridad del derecho beneficiario sobre éstos, en el concepto de que el obligado puede ser una de las personas que gocen de tal derecho; 4o. la capacidad de cualquiera de las personas interesadas beneficiariamente para exigir la obligación”⁴².

Por último, el instituto de Derecho Norteamericano⁴³ dio la siguiente definición del trust: *“el trust, según el término, se emplea en el testamento de esta materia, cuando no está limitado por las palabras de beneficencia, resultante o interpretativo, es una relación fiduciaria con respecto al bien que sujeta a la persona que tiene el título sobre los mismos a obligaciones de equidad para manejarlos en beneficio de otra y que surge como resultado de una manifestación de voluntad para crearla”*.

El Trust tiene los siguientes sujetos:

Un Constituyente o Settlor. Toda persona capaz de disponer de un derecho real o de equidad puede tener el carácter de constituyente.

⁴⁰ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 45.

⁴¹ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 50.

⁴² Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 50.

⁴³ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 51.

Un Trustee, que es el fiduciario. Debe tener capacidad para adquirir y poseer la propiedad de los bienes y para manejarlos conforme a los términos del instrumento respectivo y, además, hay que tener en cuenta que, según el tipo de trust de que se trate, se podrá exigir un juicio y conocimiento especializado de los negocios⁴⁴.

Hasta el siglo XIX sólo podrá ser trustee una persona natural. Posteriormente surgió el “Trustee Institucional”, o sea, el que ejerce la persona moral. Luego, hoy puede ser trustee tanto la persona moral como la natural.

Si al momento de la constitución, el settlor no designa el trustee, éste será nombrado por el Tribunal competente, en desarrollo del principio: “La equidad no permitirá que un trust se frustre por falta de trustee”⁴⁵.

Y ese mismo principio es aplicable en caso de que el trustee indicado por el settlor no acepte el cargo, o carezca de la capacidad necesaria.

El trustee puede ser relevado del cargo por renuncia o destitución. La renuncia la puede presentar ante el Tribunal competente o según lo estipulado en el acta constitutiva del trust; o puede ocurrir por aceptación del beneficiario, siempre que tuviere la capacidad jurídica requerida. La destitución es de competencia del Tribunal o de la persona “autorizada por el acta constitutiva”⁴⁶.

Las facultades y obligaciones del trustee se enmarcan por los siguientes principios: “En primer término, el trustee está obligado a desarrollar múltiples actividades ya que el fin del trust tiene como límite la licitud y la voluntad del settlor. Estas mismas actividades suponen un mínimo igual de facultades que permitan al trustee ejercitar la propia conducta para la realización del negocio”⁴⁷.

Las facultades podrán estar consignadas en forma expresa, bien sea en el acto constitutivo del trust o en la ley, o pueden ser implícitas, “cuando ciertas circunstancias o el fin del trust lo requieran”. Y serán discrecionales o taxativas, según que su ejercicio esté sometido” al criterio del trust o se le impongan imperativamente en ciertas condiciones”.

En lo que atañe a sus obligaciones, “debemos hablar en primer lugar, de una regla que obliga al trustee a desarrollar toda su buena fe, habilidad y prudencia que suele exigirse a un hombre probo y honesto en el cuidado de su patrimonio y de los negocios propios”⁴⁸.

⁴⁴ Batiza, Rodolfo, ob. cit, págs. 57 y 58.

⁴⁵ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 31.

⁴⁶ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 32.

⁴⁷ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit, pág. 32.

⁴⁸ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 33.

Al decir de José M. Villagordoa Lozano⁴⁹, las principales obligaciones del trustee son las siguientes:

- a. Debe proteger el negocio y defenderlo contra toda clase de ataques provenientes de tercero, del beneficiario y aún del settlor; el trustee está obligado a defender la existencia y consecución del negocio, debiendo hacer la defensa en todo caso, salvo razón de manifiesta improcedencia. Sí en cumplimiento de este deber el trustee recurre a la vía judicial, deberá seguir el procedimiento de todas sus instancias hasta la terminación correspondiente.
- b. Para habilitarlo a cumplir con sus deberes en la consecución del trust y alcanzar su objetivo, se impone al trustee el deber de tomar posesión inmediata - constituido el negocio - de los bienes fideicomitidos, salvo disposición contraria en el acto constitutivo.
- c. Como regla general, el trustee debe proceder al registro de los bienes fideicomitidos desde que toma posesión del cargo, haciendo constar la existencia del trust y el carácter que se le otorga.
- d. El trustee está obligado a cuidar de la seguridad de los bienes fideicomitidos. Dentro de esta obligación se involucran las siguientes: 1) Deberá pagar los impuestos, derechos o intereses de cualquier clase que graven el patrimonio del trust; 2) Deberá asegurar los bienes inmuebles. En caso de que falte dinero para cubrir los gastos que se motivan con la conservación del patrimonio del trust, el trustee puede recurrir a la venta de algunos bienes fideicomitidos y aún solicitar créditos ofreciendo a aquéllos como garantía, todo ello previa notificación que se haga a los beneficiarios, quienes pueden oponerse, aportando por sí mismos la cantidad requerida al efecto.
- e. En ningún caso está autorizada la fusión del patrimonio del trust con el personal del trustee, para evitar el riesgo que el primero pudiera correr en perjuicio de los beneficiarios; siendo aquél responsable con sus bienes personales del daño sufrido por los últimos, en caso de contravención.
- f. En los casos de inversión, “el trustee puede recurrir a un consejero técnico, pero ello no lo libra de la necesidad de obrar prudentemente, en cuyo defecto no se exime de responsabilidad”.

Cabe agregar en estos casos de inversión que el trustee debe tener como objetivos, entre otros, “el interés del cestui y de los futuros beneficiarios, la seguridad del capital; el lucro debe ser razonable, salvando siempre el riesgo especulativo y descartando cualquier sistema de juego”⁵⁰.

⁴⁹ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 33.

⁵⁰ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., págs. 33 y 34.

Los caracteres de settlor y trustee pueden coincidir, como cuando el primero se designa así mismo trustee, “siempre que se tenga la capacidad suficiente de transmitir los bienes o derecho materia del trust, a un tercero en este caso no existe transmisión de bienes o derechos sino únicamente la separación de los mismos dentro del patrimonio personal del settlor, al crearse el patrimonio propio del trust”⁵¹.

Dentro de un mismo trust no pueden coincidir las calidades de trustee y beneficiario; salvo “cuando un grupo de personas es designado trustee y beneficiario a la vez, “pues en este caso no existe precisamente una fusión que anula el truste como tal. Lo anterior se explica en función de que habiendo varios trustee-cestui, los derechos que corresponden a los mismos individuos en uno y otro carácter son esenciales y recíprocamente diferentes”⁵².

— El Cestui que trust:

Es el beneficiario, “la persona en cuyo favor se constituye el trust y que reporta un beneficio económico de los bienes destinados al mismo”⁵³.

El “cestui que trust” debe tener “la capacidad necesaria para adquirir bienes o derechos iguales a los que se fideicomiten en su beneficio”⁵⁴. Debe ser una persona definida, salvo en el caso del “charitable trust”, en el cual no se precisa de la designación de un sujeto de derecho “como beneficiario, sino que puede ser algo tan genérico e imparcial sobre todo, como la paz mundial, el alma de un muerto, provecho de animales, para tutelar incapaces, administrar herencias, etc.”⁵⁵.

El cestui que trust es titular de los siguientes derechos:

- a. El de compeler al trustee para que cumpla con los fines del trust; y
- b. El de perseguir los bienes sometidos al régimen del trust en caso de que vayan a parar a manos de terceros por administración ilícita del trustee para reincorporarlos al objeto del trust.

El settlor puede tener el carácter de cestui que trust y pueden serlo personas naturales o morales. Conviene anotar que “en algunas entidades federativas de los Estados Unidos no se aceptan los trust en que el settlor es beneficiario único. En tal caso los acreedores del cestui o settlor pueden asegurar sus créditos en los bienes fideicometidos, aunque el settlor no haya tenido intención en defraudar. La

⁵¹ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 30.

⁵² Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 30 y 31.

⁵³ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 35.

⁵⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico*, 1ª Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1972, pág. 143.

⁵⁵ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 59.

presunción de mala fe es “iuris et de jure”⁵⁶.

El objeto del trust lo constituyen los bienes, que define Powell⁵⁷ para el caso del trust, como “cualquier cosa o derecho que tenga algún valor y sea transferible”.

Los bienes deben ser específicos tales como la “posesión actual sobre bienes raíces o bienes muebles, de derechos incorpóreos tales como un secreto industrial, una marca de fábrica, el good will de una empresa, una patente, un derecho contractual, un derecho de crédito, un asiento en la bolsa de valores, un derecho de autor o un derecho de equidad transmisible”⁵⁸.

Los bienes materia del trust deben existir al momento de la constitución del mismo, y deben estar sometidos a una destinación específica, a la finalidad impuesta por el settlor o constituyente.

Los bienes materia del trust deben existir al momento de la constitución del mismo y deben estar sometidos a una destinación específica, a la finalidad impuesta por el settlor o constituyente.

En el acto de constitución del trust, el settlor puede consignar todas “las disposiciones que estime convenientes con respecto a las obligaciones y facultades del trustee y a los derechos de los beneficiarios, siendo válidas y legalmente exigibles de no contravenir normas o principios jurídicos; las reglas referentes al trust, en su mayoría, tienen carácter supletorio, por lo cual se aplican cuando el settlor no establece otras disposiciones”⁵⁹.

1.2.2.2.1. Especies de Trust

La primera gran clasificación distingue entre *Trust Voluntario* y *Trust por Ministerio de la Ley*. El primero es producto “de la voluntad deliberada de su creador”; el segundo surge como una imposición del orden jurídico.

Los trust voluntarios se subdividen en:

Trust Expreso:

De creación intencional y deliberada del settlor, “ya sea en un instrumento que puede ser un convenio o un testamento, ya mediante simple declaración oral si el objeto consiste en bienes muebles”... Se trata de un trust que “surge de los términos del instrumento mismo”⁶⁰.

⁵⁶ Villagordoa, Lozano, José M., ob. cit., pág. 38.

⁵⁷ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 59.

⁵⁸ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 59.

⁵⁹ Batiza, Rodolfo, ob. cit., págs. 59 y 60.

⁶⁰ Batiza, Rodolfo, ob. cit., págs 60 y 61.

El trust expreso puede ser trust ejecutado y trust por ejecutarse.

Trust Ejecutado: “Es aquél cuyos términos se declaran por el settlor de manera definitiva en el instrumento correspondiente, por lo cual no se requiere documento adicional alguno para precisar las modalidades a que está sujeto”⁶¹.

Trust por Ejecutarse: “Es aquel que concede derechos a los beneficiarios, pero no de inmediato, sino con subordinación a algún acto adicional que debe realizar un tercero”⁶².

Trust Implícito:

Es el que reconocen los tribunales bien como consecuencia “de los términos empleados en el instrumento o en razón de las circunstancias que rodearon la celebración del acto, dando efecto a lo que, a su juicio, debe haber sido la intención de las partes. La existencia de esta clase de trust deriva de las circunstancias particulares, por lo cual se afirma que sería más apropiado denominarlo trust inferido. Se citan los siguientes ejemplos:

una persona conviene, a cambio de cierta contraprestación, en distribuir y adjudicar bienes determinados, convirtiéndose por ello en trustee de los mismos; una persona consciente en enajenar ciertos bienes a otra, por lo cual se declara, implícitamente, trustee para el comprador, debiendo rendirle cuentas por los ingresos percibidos”⁶³.

El Trust por Ministerio de la Ley, o sea, el que tiene como fuente la equidad, “con base en que los bienes se deben conservar en beneficio de alguien”, a su vez se subdivide en Trust Interpretativo y Trust Resultante.

El Trust Interpretativo es el que “se exige a una persona que, ocupando una posición fiduciaria con respecto a ciertos bienes, debido a ella obtiene alguna ventaja personal. Se menciona como ejemplo el del arrendatario que había celebrado un contrato por un plazo determinado y que legó su derecho, en trust, a una persona en beneficio de un menor; antes de la expiración del plazo, el trustee, a nombre del menor, solicitó su prórroga al arrendador, quien la negó, y habiéndola posteriormente obtenido para sí mismo, resolvió el juez que aunque no existía fraude y que el trustee había demostrado su preocupación por los intereses del beneficiario, debía no obstante rendirle cuentas por la prórroga”⁶⁴.

El Trust Resultante puede surgir “por la transmisión a nombre de otro, como en la situación de una compra de bienes cuyo precio cubre una persona, pero en que la propiedad se transmite a otra; en este caso nace un trust resultante por ministerio de ley a favor de quien entregó el precio, a menos que las circunstancias del acto

⁶¹ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 61.

⁶² Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 67.

⁶³ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 61.

⁶⁴ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 62.

indiquen que se propuso hacer una donación”⁶⁵.

También puede tener como origen un trust expreso que se frustra, bien totalmente o en parte, en cuyo caso los bienes revierten al settlor o a sus herederos, salvo que en el instrumento constitutivo aparezca una disposición distinta.

Otra clasificación distingue entre *Trust Simple* y *Trust Especial*⁶⁶

El Trust Simple tiene como antecedente el uso pasivo, prohibido por la ley de usos y que fuera aceptado nuevamente por la Ley sobre el Régimen Jurídico de los Bienes de 1925.

El Trust Especial, en donde al trustee se le imponen “obligaciones varias, por lo común el cobro de rentas y productos de los bienes para su entrega al beneficiario; o puede también contener instrucciones para enajenar los bienes y liquidar con su precio las deudas del settlor”⁶⁷.

El Trust Especial puede ser administrativo o discrecional. En el primero, la naturaleza de las obligaciones “permite que cualquier persona de aptitudes normales pueda cumplirlas satisfactoriamente, como sería, por ejemplo, la distribución y adjudicación de bienes entre beneficiarios determinados, según proporciones de antemano establecidas”⁶⁸.

En el segundo el trustee debe acudir a “su propio juicio y prudencia, concediéndosele por ello amplia libertad en cuanto al control de los bienes, como en el caso en que se le den instrucciones para repartir fondos destinados a cumplir los fines de beneficencia que estime más convenientes”⁶⁹.

Según la incidencia social del trust, se clasifica en Público y Privado. Es público cuando su finalidad incumbe a la sociedad, como es el caso del trust caritativo o de beneficencia. El trust privado, como su nombre lo indica, tiene como finalidad beneficiar a personas determinadas.

Veamos gráficamente esta clasificación. Cuadro No. 1

⁶⁵ Batiza, Rodolfo, ob. cit., págs. 62 y 63.

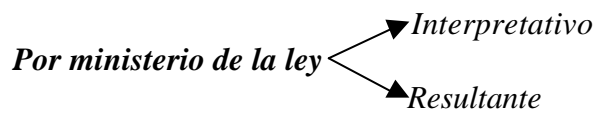
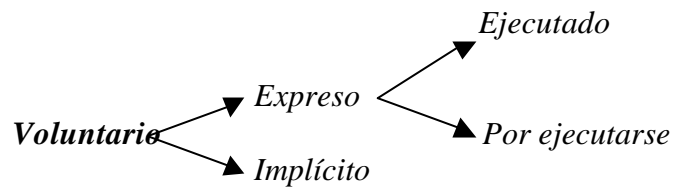
⁶⁶ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 63.

⁶⁷ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 64.

⁶⁸ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 64.

⁶⁹ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 64.

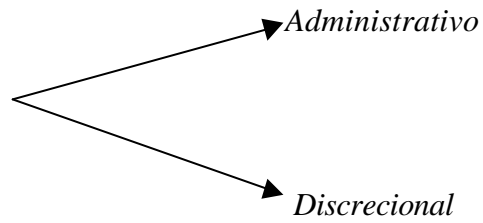
CUADRO No.1



EL TRUST

Simple

Especial



Público

Privado

Sobre el origen del trust y su antecedente el *usus*, que se remonta al siglo XIII, basta con anotar que en el siglo XII el Derecho Romano es “objeto del estudio de las personas más cultas” y se encuentra consignado “como Ley Positiva en los países más civilizados de Europa”⁷⁰. Luego, hay que aceptar que alguna influencia tuvieron los Pactos de Fiducia en el desarrollo de los *usus* y del trust.

Entre el Trust y los pactos de Fiducia romanos encontramos las siguientes diferencias:

El trust puede nacer de disposición de la ley o por un simple acto voluntario; el pacto de fiducia sólo nace por un acto voluntario.

El trust, aun que contempla la transmisión del derecho de propiedad, destina los bienes a producir unos efectos inmediatos a favor del beneficiario, del “*cestui que trust*”; por el contrario, en los pactos de fiducia se asume la obligación, por parte del fiduciario, de traspasar ese bien, a la terminación de la fiducia, a un tercero o al mismo fiduciante.

⁷⁰ Serafini, Felipe, *Instituciones de Derecho Romano*, Editorial Reus, Madrid 1968, T. 1., pág. 92.

“Este renacimiento del derecho romano tuvo origen en Bolonia. Al terminar el siglo X comenzaba Italia a recobrase de la prolongada opresión de los bárbaros, refloreaban el comercio y las artes y volvía el bienestar. Las ciudades lombardas habían llegado a un alto grado de riqueza y de prosperidad, y la nueva vida que animó su comercio y sus negocios exigía un derecho civil más desarrollado que el que podían ofrecerle los pocos compendios de las leyes justinianas, a la sazón en uso y que habían sido suficientes para una edad tosca e inculta. Tal derecho se encontró en las compilaciones justinianas que aun existían, y que, estudiadas a fondo, bastaban a satisfacer plenamente todas las necesidades de la época”.

El primero que, según la tradición, puso con éxito manos a la obra fue Irnerio, quien, hacia principios del siglo XII, estableció en Bolonia, su patria, la enseñanza del derecho romano, separado ya de las otras enseñanzas de retórica y gramática, con las que hasta entonces andaba confundido. No obstante, ya antes existían las referidas escuelas de derecho en Roma, Ravena, Pavia y en la misma Bolonia; pero la reputación de la de Irnerio las eclipsó de tal manera, que apenas quedó un vislumbre de ellas en la memoria de los escritores de aquel tiempo. Las lecciones de los doctores boloñeses (glosadores) atrajeron a Italia y a la juventud de toda Europa, y en tropel se acudía a aquella clásica tierra para atesorar una ciencia, a la sazón extranjera; y de la escuela boloñesa salieron hábiles juriconsultos, que al regresar a su patria difundían los conocimientos jurídicos romanos adquiridos en Bolonia, excitando una veheméntísima afición al estudio del derecho romano, estudio por otra parte estimulado a las veces por el poder civil para hacer de él argumento de oposición al derecho canónico. De esta suerte el derecho romano fue acogido en toda Europa, donde estuvo en vigor hasta principios de este siglo, rigiendo todavía en algunos Estados, y aún los nuevos códigos de derecho civil publicados durante estos últimos años en las diversas naciones europeas, aparte de pocas modificaciones exigidas por los tiempos y por la índole local, no son más que compendios de la legislación civil romana”.

(Serafini, Felipe, *Instituciones de Derecho Romano*, T.I., págs. 92, 93 y 94).

Capítulo II

2. REGULACION DE LA FIDUCIA MERCANTIL EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

2.1 EN EL CODIGO CIVIL

El Código Civil colombiano, que es el mismo chileno y obra del insigne maestro Don Andrés Bello, tiene como fuentes al código Civil de Napoleón, a varios códigos europeos, al Código de Luisiana y a las Instituciones de Justiniano.

En el caso del fideicomiso, que es el que nos interesa, encontramos que existen ciertas figuras jurídicas como el albaceazgo fiduciario, el encargo fiduciario, y la propiedad fiduciaria las cuales debemos tener en cuenta para conocer más a fondo la Fiducia Mercantil en Colombia.

2.1.1 Propiedad Fiduciaria

Una mención del fideicomiso es en el caso del Artículo 793 y siguientes, en relación con la denominada *propiedad fiduciaria* que define el Artículo 794 del citado estatuto en la siguiente forma:

“Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición”.

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso.

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

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

El profesor Simón Carrejo¹ nos dice que la propiedad fiduciaria es “la que está sometida a pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. Es llamada también, más corrientemente *fideicomiso*, nombre que también recibe la

¹ Carrejo, Simón, *Derecho Civil Bienes - Derechos Reales*, Reimpresión Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1967, pág. 263.

“La propiedad fiduciaria es, entonces, una forma peculiar de propiedad que se caracteriza por un estado de comprensión de sus facultades comunes, que afecta personalmente a su titular en cuanto al ejercicio de esas facultades, aceptada libremente por él y sometida en su duración a un plazo prefijado o a una condición prevista, por lo cual debe agregarse que es esencialmente temporal, que no está destinada a permanecer indefinidamente, como propiedad fiduciaria, pues tiene fatalmente un límite para su extinción”.

(Barragán, Alfonso M., *Derechos Reales*, Editorial Temis, Bogotá 1971, pág. 123).

cosa objeto del mencionado gravamen; y en cuanto a la transmisión o traslación de la cosa al sobrevenir el cumplimiento de la condición, se denomina restitución”.

De la definición dada saltan los siguientes caracteres de esta especie de propiedad:

- a. Es general por cuanto se refiere a todos los servicios que pueda prestar el bien objeto del fideicomiso y supone la utilización del mismo en todas las formas posibles con las dos únicas limitantes de que tiene que conservarlo en su integridad para restituirlo una vez se cumpla la condición; aspectos que necesariamente tienen que influir en el carácter general pero que no lo suprimen².
- b. Es exclusiva. Como derecho real que es, pues simplemente estamos ante una especie de propiedad, tiene la característica de ser un derecho excluyente, con lo que se quiere significar que sólo el propietario puede ejercer las facultades inherentes a ese derecho sobre el bien objeto del mismo. En esta forma se descarta la intromisión de terceros en el ejercicio del derecho de propiedad fiduciaria.
- c. Es independiente. Es un derecho real principal que puede subsistir por si solo, como la propiedad plena, como el usufructo, el uso, la habitación³.
- d. Es temporal, por cuanto tiene necesariamente un límite en su duración. Esta es la característica fundamental de la propiedad fiduciaria. Vencido el tiempo desaparece la calidad fiduciaria del derecho de propiedad.
- e. Es una propiedad condicionada; es una tradición realizada de manera restringida, condicional, o sea, sometida “al advenimiento de un hecho futuro e incierto que cumplido obliga al fiduciario a entregar la cosa al fideicomisario”.

Sin embargo, para efectos de una mayor comprensión de la propiedad fiduciaria, basta leer el artículo 1240 del mencionado Código Civil cuando al hablar de las causas de extinción del negocio fiduciario hace expresa remisión a las establecidas en el mismo para la propiedad fiduciaria. Así entonces, El Código Civil colombiano trata a la figura, al igual que la experiencia jurídica romana, como una limitación del derecho de dominio, y por esta razón puede afirmarse que en términos del artículo 794 del C.C. “Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso.

² Para el análisis de los caracteres hemos seguido las obras de Alfonso M. Barragán, *Derechos Reales*, páginas 157 y siguientes y Simón Carrejo, *Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales*, págs. 263 y siguientes.

³ “Al respecto se ha pronunciado La Corte Suprema de Justicia: (...) “Propiedad fiduciaria y usufructo, son figuras jurídicas bien diferentes, lo mismo que los derechos que la ley otorga a sus respectivos titulares(...)” Sentencia de Mayo 7 de 1980, MP. José María Esguerra Samper.

En el fideicomiso se presentan tres partes: a) El constituyente, que es la persona que dispone de una cosa en favor de otra, a quien grava con la obligación de restituirla a un tercero o a él mismo si se verifica una condición. “La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución” (art. 794 *in fine* C. C.); b) El fiduciario, quien es el que recibe la cosa con el *onus* de restituirla, y c) El fideicomisario, que es la persona a quien si se cumple la condición debe hacerse la restitución, esto es, el traslado de la propiedad que recibió primeramente el fiduciario.

En este orden de ideas, el fideicomiso implica un solo derecho real ejercido por el fiduciario y que puede llegar a ejercerse posteriormente por el fideicomisario si se cumple una condición, esto es, un hecho futuro e incierto. El derecho del fiduciario es el mismo derecho de propiedad, pero con la característica de la potencial ausencia de perpetuidad en razón de que está expuesto a extinguirse por la realización de una condición que es resolutoria para el fiduciario porque pone fin al derecho confiado a él. El fideicomisario entrará a gozar de la cosa en el evento que se haya cumplido la condición.

Como consecuencia de lo anterior se puede afirmar que en el fideicomiso no hay dos derechos —como sí sucede en el *trust* anglosajón—, sino uno: el derecho de propiedad que es ejercido sucesivamente por el fiduciario y el fideicomisario.

Ahora bien, un requisito fundamental del fideicomiso civil es la presencia de una condición, esto es, un hecho futuro e incierto del cual depende la adquisición o la extinción de una situación jurídica subjetiva, en nuestro caso, del derecho real de propiedad.

Por tanto, como bien lo sostiene el doctor Ernesto Rengifo García⁴ “la condición, tratándose del fideicomiso, es tanto resolutoria como suspensiva a la vez: es resolutoria respecto del fiduciario, puesto que su cumplimiento va a extinguir su derecho; y es suspensiva para el fideicomisario, porque mientras la condición esté pendiente su derecho está en ascuas”.

Finalmente, de conformidad al artículo 796 del C.C. “Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario. La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente registro”. Lo anterior nos lleva a concluir que la constitución de un fideicomiso requiere como solemnidad *ad substantiam actus* la escritura pública o el testamento.

Sobre este punto en particular, el Decreto 1250 de 1970⁵, artículo 20, determinó que la limitación del dominio que versará sobre bienes raíces estará sujeta a registro, y de acuerdo con el artículo 7º del mismo cuerpo normativo citado deberá anotarse en

⁴ Rengifo, Ernesto, *La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 1998. pág 44.

⁵ En Diario Oficial N. 33140, pág 130.

la tercera columna, por ser la propiedad fiduciaria una limitación en la medida en que cumplida la condición se extingue el derecho para el fiduciario.

2.1.2 El Encargo Fiduciario

En nuestro ordenamiento a partir de la Ley 45 de 1923⁶ se incorporó la figura del encargo fiduciario. En efecto, el artículo 70 de dicha ley afirmó que “las palabras sección fiduciaria significan una sección de un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar encargos de confianza que le sean legalmente comendados”. Esas secciones se caracterizaban por ser parte del establecimiento bancario, permitiéndoles tomar encargos fiduciarios dentro de la idea de establecer la banca universal en el sistema financiero colombiano.

Así entonces, la ley 45 de 1923 en sus artículos 105 y 107 enumeró taxativamente las actividades que podían realizar las secciones fiduciarias⁷, aunque no fueron desempeñadas en gran medida ya que las secciones fiduciarias hicieron mayor énfasis en la custodia de documentos principalmente de las garantías sobre créditos del banco e involucrando servicios adicionales como el reclamo de intereses o el principal; en los mandatos de inversión, esto es, la utilización de los recursos para el fin establecido por el fideicomitente; en las cobranzas apoyando a las secciones comerciales de los bancos; en las cajillas de seguridad y los recaudos tributarios convenidos con la Administración de Impuestos con el fin de utilizar y administrar esos recursos por un período de cinco a veintiún días.

La ley 45 de 1923 ubicó al encargo fiduciario como una especie de mandato que podía ser con o sin representación, y también lo aproximó a la figura anglosajona conocida como *trust*. También, el legislador reguló el encargo fiduciario con tanta amplitud que llevó a que el sector bancario no desarrollara en su real dimensión la fiducia bancaria⁸, lo que no contribuyó al desarrollo de la Fiducia Mercantil. Pero sólo hasta finales de siglo, en la década del 90 se profirió la Ley 45 de 1990 la que dio un cambio con relación a esta figura jurídica a fin de entender y diferenciar el encargo fiduciario de la fiducia mercantil como tal.

⁶ En Diario Oficial. Año LIX N. 19137 a 19139. pág 257.

⁷ Dentro de éstas aparecen las siguientes: administrar los bienes de las mujeres separadas que en la mayoría de los casos eran inexpertas o consideradas incapaces; ser auxiliares de la justicia, administrando los bienes que se encontraban en procesos judiciales; manejar patrimonios familiares, especialmente de huérfanos, menores, impúberes o incapaces.

⁸ Para inducir el meollo de los encargos de confianza es suficiente detenerse en la excesiva enumeración del artículo 107 de la Ley 45 de 1923 y entonces uno concluye, sin ningún esfuerzo hermeneúutico, que las secciones fiduciarias de los bancos podían hacer, en resumen, dos clases de negocios: a) Múltiples especies de mandatos, con o sin representación, y b) que también podían adquirir el dominio de bienes raíces o muebles y ‘disponer de acuerdo con los términos del poder o fideicomiso’. Esta segunda clase de facultades hubiera facilitado la constitución de verdaderos fideicomisos mercantiles, a la manera de lo que formuló tiempo después el C. de Co. de 1971, pero la práctica se quedó, exclusivamente, en la mera ejecución de mandatos con o sin representación. Hasta ahí, entonces, puede llegar el alcance de la expresión Encargos Fiduciarios o Encargos de Confianza” (Peña Castrillón. *La fiducia mercantil*, ob, cit., pág. 18).

La diferencia entre la fiducia mercantil y el encargo fiduciario se debe a que en éste último no existe un efectivo acto de transferencia de bienes sino una mera entrega y no se constituye un patrimonio autónomo. Para el Código Civil la mera tenencia es la que se ejerce sobre una cosa, “no como dueño sino en lugar o a nombre del dueño”. La mera tenencia, pues, se “aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno” (art. 775 C. C.). Por tanto, en el encargo fiduciario, el encargante no transfiere el derecho de dominio sobre los bienes objeto del encargo, a diferencia de la fiducia en donde hay una efectiva transferencia en favor del fiduciario para la constitución de un patrimonio autónomo.

Sin embargo, Carlos Manrique⁹ sostiene que la diferencia entre los dos negocios fiduciarios radica en que en la fiducia la transferencia es un elemento esencial del contrato, mientras que en los encargos fiduciarios dicha transferencia es un elemento natural que puede darse o no darse.

El encargo, es entonces una especie de negocio fiduciario en virtud del cual una persona, que puede denominarse encargante, entrega a una sociedad fiduciaria un bien o conjunto de bienes, sin transferirle el dominio de los mismos, con la finalidad de que ésta cumpla las instrucciones impartidas en el acto constitutivo del encargo.

Pero a diferencia de la fiducia, el fiduciario no es propietario del bien o bienes que recibe a título de mera tenencia. Su actividad está determinada por el encargo de confianza conferido y a su finalización deberá devolver a su dueño o la persona que éste designe la tenencia material con sus mejoras o rendimientos.

Las normas relativas a los encargos fiduciarios se encuentran contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el artículo 146 numeral primero, el cual dispone:

“Normas aplicables a los encargos fiduciarios. En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza

⁹ Dice en relación con el tema Carlos Manrique Nieto en su obra: “yo me inclino a pensar que hoy, después de la norma sobre la regulación de los encargos fiduciarios, las diferencias entre fiducia y encargo son: 1. Que mientras en la fiducia la transferencia de propiedad es de la esencia del contrato en los encargos ella es de la naturaleza, esto es, que puede darse o no darse, y 2. Que en la fiducia mercantil es de la esencia la creación de un patrimonio autónomo mientras que tal circunstancia no se da en los encargos, cuando ellos se hacen con transferencia de propiedad”. Sustenta su tesis con base en los artículos 29.b y 146.1 del EOSF para concluir que “la consideración de que el patrimonio autónomo es un régimen excepcional del régimen general del patrimonio y como tal, solo se genera cuando se da expresa creación legal, me lleva a pensar que es pertinente pensar que el tipo contractual encargo fiduciario no debe gozar del privilegio del patrimonio autónomo, por la sola remisión a las normas de la fiducia mercantil. (*Fiduciarias, Encargo Fiduciario y Titularización*, noviembre de 1994, sin publicar, págs 17 a 21.).

propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto”.

Con base en los argumentos expuestos, la escala para efectos de interpretación e integración normativa de este tipo de negocio fiduciario será así: a) Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, b) contrato de fiducia mercantil (arts. 1226 a 1244 C. de Co.) y c) contrato de mandato (arts. 1262 a 1286 C. de Co.), siempre y cuando los dos últimos no contraríen lo dispuesto en el Estatuto y se adecuen a la naturaleza de la figura.

Así mismo, el Estatuto (EOSF) en su capítulo VII se refiere a las sociedades fiduciarias y consagra en el artículo 29.1 lo siguiente: “Operaciones autorizadas. Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán, en desarrollo de su objeto social: a) Tener la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio; b) Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece.

Como se afirmó anteriormente el legislador asimiló esta figura al contrato de mandato toda vez que en nuestro ordenamiento se ha pensado que el encargo se asimila a un mandato comercial con sujeto calificado. Adicionalmente se asemeja a la fiducia porque el ente encargado debe ser siempre una sociedad fiduciaria y porque existen muchas otras normas del contrato de fiducia aplicables al encargo, pero el encargo sigue siendo el mismo encargo tal como lo han entendido el sector financiero y la Superintendencia Bancaria. En consecuencia, en el caso de que el encargo sea para constituir garantía a favor de acreedores del encargante y puesto que para efectos de la ejecución de la misma se necesita la transferencia de bienes, ese encargo con transferencia de bienes se convierte en otro negocio fiduciario, esto es, en fiducia mercantil.

De esta manera de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No 089 de Septiembre 8 de 1995¹⁰ en relación con el tema se establece: (...)“ a)Los derechos que se derivan del contrato de fiducia se radican en cabeza del beneficiario de la fiducia y no en la de quien la constituye. b)El fideicomitente puede ser una persona completamente distinta del beneficiario, y los derechos de este no suponen que se haga presente al momento de constituir el encargo. c)La calidad de beneficiario puede obedecer a una inmensa gama de relaciones jurídicas entre fideicomitente y beneficiario, que pueden ir desde la gratuidad, hasta la garantía sobre alguna deuda de las partes. La única prueba que se requiere es la del consentimiento del fiduciario para que el beneficiario sea la

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil: Sentencia No. 089 de Septiembre 8 de 1995. Encargo Fiduciario o de Confianza. Magistrado Ponente, Nicolás Bechara Simancas.

persona indicada por el fideicomitente. d) La persona como beneficiario figura en el título, es la legitimada para reclamar el valor del encargo fiduciario en el día en que este se torne exigible”.

2.1.3 Albaceazgo Fiduciario

Es la fiducia sucesoria secreta, llamada por Bello albaceazgo fiduciario y cuya regulación legal se encuentra en el Título IX del Libro III del Código Civil del artículo 1368 al 1373. Los albaceas han sido clasificados por la doctrina en albaceas propiamente dichos y albaceas fiduciarios. Los primeros, son en realidad verdaderos ejecutores testamentarios designados por el testador, en orden a que a sus últimos designios, sean cumplidos directamente o que velen por su cumplimiento, cuando ello sea tarea de otros o de los mismos herederos. Los segundos son igualmente albaceas ya que son ejecutores de últimas voluntades del testador que los nombra, pero son especiales en la medida en que el encargo que reciben y cuya ejecución les confía el testador de manera personal y directa, en secreto y de forma confidencial. El testador, pues, deposita su confianza absoluta en aquella persona a quien designa y de ahí el nombre de albacea fiduciario. Surge así una relación jurídica entre el testador y este albacea fundamentada en la entera honorabilidad del executor elegido, a tal punto que no está obligado a revelar el objeto del encargo secreto ni a dar cuenta de su administración.

Así las cosas, el testador puede hacer encargos secretos y confidenciales al heredero, al albacea y a cualquiera otra persona para que se invierta en uno o más objetos lícitos una cuantía de bienes de que pueda disponer libremente, y el encargado de ejecutarlos se llama albacea fiduciario conforme al artículo, 1368 del C. C.

La característica de esta institución es que el encargo hecho al albacea fiduciario debe ser secreto y confidencial (confiado a la buena fe y honradez de la persona elegida) y no indicarse el objeto. Si estuviese expresado el objeto del encargo en el testamento, no habría en consecuencia albaceazgo fiduciario sino simplemente una disposición de bienes para un determinado objeto (legado) o una asignación modal como se ha sostenido doctrinalmente.

No obstante lo anterior, existe un límite a estos encargos expresado en la misma ley: “No se podrá destinar a dichos encargos secretos más que la mitad de la porción de bienes de que el testador haya podido disponer a su arbitrio” (art. 1370 C. C.). El albaceazgo fiduciario sólo opera a condición de que el testador tenga legitimarios. Aunque, no existe norma legal que prohíba a un testador sin legitimarios servirse de encargos secretos para disponer de todos sus bienes a su arbitrio. Sobre el particular acogemos el criterio del profesor Claro Solar¹¹ que a propósito afirma: “La ley ha cuidado de decir que no podrá destinarse a encargos

¹¹ Sobre el albaceazgo fiduciario véase la obra de Sergio Cámara Lapuente. *La fiducia sucesoria secreta*, Universidad de Navarra, Ed. Dykinson, 1996.

secretos más que la mitad de la porción de bienes de que el testador haya podido disponer a su arbitrio; y la palabra ‘porción’ tiene aquí una significación genérica que comprende no sólo partes del todo sino el todo mismo en toda su integridad: teniendo descendientes legítimos, esa porción es la cuarta parte de los bienes; teniendo otra clase de legitimarios, esa porción es la mitad de los bienes; y no teniendo legitimarios como herederos, esa porción de que puede disponer a su arbitrio el testador es la totalidad de los bienes, porque de todos ellos puede disponer libremente y es la disposición libre de los bienes lo que la ley toma en cuenta para fijar la cuantía de los bienes que puede destinarse a realizar uno o más encargos secretos”.

Entonces si el testador, no tiene legitimarios, como la porción de bienes de que puede disponer a su arbitrio es la totalidad de los que constituyen su herencia, podrá destinar a encargos secretos especies o una suma que no excedan del valor a que ascienda la mitad de sus bienes. Y si tiene descendientes, el testador sólo puede destinar a dichos encargos hasta la mitad de su cuarta de libre disposición.

Finalmente, el albacea fiduciario es el único mandatario en derecho colombiano que no está obligado a rendir cuentas, tal y como lo dispone el artículo 1373 del Código Civil: “El albacea fiduciario no estará obligado, en ningún caso, a revelar el objeto del encargo secreto, ni a dar cuenta de su administración”. De esta forma, el albacea fiduciario no puede ser obligado a revelar el secreto que ha recibido así como tampoco estará obligado a rendir cuentas del cumplimiento de su encargo.

2.2 EN EL CODIGO DE COMERCIO

Nuestro Código de Comercio ha entendido en su artículo 1226 por fiducia mercantil “un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente¹², transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario¹³, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”¹⁴.

De esta manera vemos cuales son las partes fundamentales que integran este negocio jurídico, un fiduciante o fideicomitente, un fiduciario y un beneficiario o fideicomisario

En este orden de ideas, la fiducia mercantil es un contrato típico y principal, cuyos elementos esenciales se basan en la transferencia de bienes del patrimonio del fideicomitente al fiduciario, donde se constituye un “patrimonio autónomo”; en tanto que tal transferencia obedece a una finalidad específica, que constituirá o no

¹² “Es la persona que lo origina o establece”.

¹³ “Es aquel que recibe la propiedad de manos del fideicomisario; debe existir en principio, al momento de la constitución si esta se ha realizado por acto entre vivos”. Carrejo, Simón, ob. cit., págs 264 y 265.

¹⁴ Es la persona a la cual debe entregar la cosa al fiduciario al advenir la condición.

un provecho a favor de un tercero. “En estos términos el negocio fiduciario se perfila como un negocio independiente, cuya admisibilidad debe ser entendida a luz de las orientaciones del ordenamiento jurídico”¹⁵.

2.2.1 Características

- Al subsistir por sí solo, y no requerir la existencia de ningún otro contrato es principal.
- “En cuanto impone obligaciones para las partes; al fiduciante a transferir uno o más bienes especificados, a pagar una remuneración si a su cargo esta la prestación, y el fiduciario a administrarlos o enajenarlos según los términos del negocio; el beneficiario por su parte también puede asumir deberes, como pagar la remuneración. Al ser el contrato de fiducia bilateral queda sometido por tanto a la condición resolutoria, la excepción de contrato no cumplido, la culpa, etc.”¹⁶.
- De acuerdo al artículo 1228 del C de Co.¹⁷ la fiducia mercantil es solemne, pues deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes.

Esta norma se presta a una doble interpretación, motivo por el cual es necesario aclarar que, en los contratos de fiducia mercantil que tengan como único objeto la transferencia de la propiedad de los bienes muebles son consensuales, en ese sentido se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes. Así lo preceptúa el Decreto 847 de 1993¹⁸, en su artículo 1º “Los contratos de la fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles”.

Caso bien distinto es cuando dentro de los bienes objeto del contrato de fiducia mercantil existen inmuebles, este no podrá perfeccionarse hasta tanto no se haya otorgado la correspondiente escritura pública y efectuado la tradición mediante la entrega material y la inscripción del título en la oficina de registro.

Si embargo, de acuerdo al artículo 146 del Decreto 663 de 1993, “las sociedades fiduciarias podrán celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para tal efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional”.

¹⁵ Scognomilio, Renato, *Teoría General del Contrato*, Trad. de Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Reimpresión, 1991, pág. 220.

¹⁶ Bonivento Fernandez, José Alejandro, *Los Principales Contratos Civiles y Comerciales*, T. II, Ediciones Librería del Profesional, 1995, pág. 273.

¹⁷ El artículo 1228 del C. de Co dispone lo siguiente: “La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida mortis causa, deberá serlo por testamento.”

¹⁸ En Diario Oficial. Año CIX. N. 33781.

- En terminos del artículo 1233 del C. de Co que dispone: “Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”. Es así como esta disposición demuestra como los bienes objeto de la fiducia, no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y solo garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida. Al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 1996¹⁹: (...) *“el fiduciario está obligado a mantener separado de su activo el conjunto de bienes dados en fideicomiso, así como de los demás bienes pertenecientes a otros negocios fiduciarios, toda vez que aquellos (sic) están destinados al cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo. Dicha separación que no sólo es jurídica sino también contable y patrimonial, resulta ser mucho más importante cuando los bienes fideicomitidos son dinero, pues de llegar a confundirse en un momento dado el correspondiente a un negocio fiduciario con el fiduciario o con el de otro fideicomiso se haría prácticamente imposible su diferenciación. Y no se diga que, finalmente, resulta posible establecer lo que a cada uno corresponde, como quiera que la obligación en comento no se inspira en la imposibilidad de llegar a tal determinación cuando no se han mantenido separados los bienes, sino precisamente, en la precaución de los problemas que pueden originarse con motivo de su manejo no diferenciado.... el fiduciario no compromete ante terceros su responsabilidad patrimonial por los negocios celebrados en cumplimiento de la finalidad de la fiducia, como si la compromete un mandatario que actúa sin representación, esto es, en su propio nombre. Y no compromete su responsabilidad por que en realidad de verdad con el negocio fiduciario coexiste un acto jurídico de apoderamiento (Código de Comercio, art 832), razón por la cual está en el deber de informar a los terceros con quiénes contrata que lo hace en nombre del fideicomitente”*.

2.2.2 Negocios Fiduciarios Prohibidos

Ahora bien, en el Código de Comercio en materia de fiducia mercantil, limitó su aplicación, al consagrar en su artículo 1230 cuales son los negocios fiduciarios prohibidos. En esta medida, los negocios en mención son:

1. Los negocios fiduciarios secretos;
2. Aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente, y
3. Aquellos cuya duración sea mayor de veinte 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.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Delio Gómez Leyva. Sentencia del 14 de Junio de 1996. Expediente N° 7450.

Así mismo de acuerdo con la Circular Externa 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria que se refiere a que “el negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales”²⁰.

Finalmente, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993)²¹ en su artículo 29 trae consagrada una prohibición general: “Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley”.

2.3 EN EL DERECHO BANCARIO

2.3.1 En la Ley 51 de 1918²²

El primer antecedente del trust que encontramos en nuestra legislación es el de la ley 51 de 1918, en su Artículo 4o., cuyo tenor es el siguiente:

“Asimismo podrán los establecimientos de crédito actuar como *intermediarios* entre prestamistas y prestatarios en la realización de operaciones de crédito que hayan de llevarse a cabo por medio de la emisión de bonos, documentos u obligaciones representativas de cuotas partes de capital prestado. Para el efecto podrán intervenir en la aceptación de documentos constitutivos de los contratos respectivos, asumiendo la personería de los acreedores y siendo responsables para con éstos de la exactitud de las estipulaciones que con ellos se contuviesen”.

Como anota Jaime Lara Meléndez²³, resulta muy forzado pretender que en el Artículo 4o. de la Ley 51 de 1918 se pueda encontrar el trust. Sin embargo, el fundamento que tuvo el tratadista Copete^{23bis} para hacer esa afirmación también tiene su validez, cual es el de que Compañías de trust verifican la citada operación en los Estados Unidos de Norteamérica.

La Ley en mención, rigió en nuestro país hasta la expedición de la Ley 45 de 1923, sobre establecimientos bancarios, cuyo Artículo 1-39 la derogó expresamente en todo lo referente a las instituciones bancarias y a las demás disposiciones legales que fueren contrarias a la misma.

2.3.2 En la Ley 45 de 1923²⁴

²⁰ Superintendencia Bancaria, Circular Externa N° 007 de 1996, Título V, pág 1.

²¹ En Diario Oficial. Año CXXVIII. N. 40820

²² En Diario Oficial. N. 16550 (Noviembre 21 de 1951)

²³ Lara Meléndez, Jaime, *La Fiducia en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 1972, pág. 73.

^{23bis} Para ampliación del tema véase la obra de Ignacio Copete, *La Fiducia*, Tesis de Grado de la Universidad Nacional de Colombia, Editorial ABC, 1940

²⁴ En Diario Oficial. Año LIX N.1937 a 19139. pág. 257.

La Misión Kemmerer formuló severas críticas a la Ley 51 de 1918 dijo, entre otras cosas: “La Misión ha consignado ya la creencia de que las facultades concedidas a los bancos por la Ley 51 de 1918 son demasiado amplias...” los bancos son fideicomisarios de los fondos depositados en ellos, y el cumplimiento de tal fideicomiso exige que tales fondos sean invertidos acertada y seguramente. Aquellas facultades *envuelven grandes riesgos*, y si se ejercen por los bancos, son una fuente de peligro constante para el público²⁵.

La ley vigente concede a los bancos amplias facultades fiduciarias; pero establece muy escasa protección para el público en relación con el ejercicio de tales facultades.

La Misión recomienda que las facultades de los bancos se limiten por la ley.

“Artículo 102.—La ley 51 de 1918 otorga a los bancos amplias facultades fiduciarias; pero no establece de manera adecuada cómo tales facultades deben ser ejercidas. *Los bancos generalmente son las entidades mejor informadas y de mayor experiencia en el país en todo lo relacionado con inversiones, custodia de fondos, administración de herencias y preparación de documentos e informes financieros, y son, por tanto, los más indicados para actuar en nombre de individuos y corporaciones que necesiten los servicios de un agente de conexión con tales asuntos.* Las facultades fiduciarias, sin embargo, no deben ser ejercidas por ninguna corporación, al menos que tenga un capital adecuado y que la forma de su administración sea lo bastante correcta para garantizar que el fideicomiso se administrará de manera honorable y eficiente.

Este Artículo exige que el superintendente bancario se cerciore sobre este y otros puntos, antes de conceder a los bancos el derecho de obrar como fideicomisarios.

“Artículo 103.—Ningún individuo, cosa o corporación deberá tener el carácter de fideicomisario (sic) ante las autoridades judiciales en cuya jurisdicción se administren fondos especiales, a menos que el fideicomisario constituya una fianza o dé otra garantía para la satisfactoria ejecución de sus deberes fiduciarios. El depósito bajo custodia del superintendente bancario de las garantías requeridas en este artículo, provee a ésta seguridad y justifica la exención a favor del banco de dar otra garantía posterior”²⁶.

Estos comentarios, que son apartes de la exposición de motivos de la Ley 45 de 1923, nos ilustran sobre la reglamentación que la citada ley trae sobre la fiducia bancaria. De ellos y de las normas en comento extractamos los siguientes principios:

²⁵ Lara Meléndez, Jaime, ob, cit., pág 74 y 75.

²⁶ Ley 45 de 1923 (julio 19). Sobre establecimientos bancarios y Exposición de motivos referentes al respecto, proyecto de ley presentado al Gobierno de Colombia por la Comisión de Consejeros Financieros, págs. 88, 89b y 92. En Diario Oficial. Año LIX N.19137 a 19139, 6 de Agosto de 1923, pág 257.

- Sólo los establecimientos bancarios debidamente autorizados por el superintendente bancario pueden ejercer la actividad de la fiducia bancaria.
- Pero esa actividad sólo la pueden realizar a través de las denominadas *secciones fiduciarias*, que define el Artículo 7o, así: “las palabras sección fiduciaria significan una sección de un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar *encargos de confianza* que le sean legalmente encomendados”.
- La sección fiduciaria, al igual que cualquier otra sección de un establecimiento bancario, sólo puede crearse y subsistir cuando ha sido debidamente autorizada por el superintendente bancario y podrá únicamente desempeñar las funciones especiales que le señale la ley (Artículo 9o. de la Ley 45 de 1923). Por ello el Artículo 105 establece, “el superintendente puede por una autorización especial, conceder a los establecimientos bancarios que lo soliciten, el *derecho de obrar como fideicomisos sanos, albaceas, administradores, registradores de acciones y bonos curadores de herencia, mandatarios, depositarios, curadores de bienes de dementes, menores, sordomudos, ausentes y personas por nacer* o para ejecutar cualesquiera otras funciones fiduciarias determinadas en el Artículo 107 de esta Ley.

Conviene destacar la identificación terminológica que hace el Artículo en cita en relación con el fideicomiso, el mandato, el albaceazgo, la administración, la comisión, la curaduría de herencia, de bienes de demente, de menores, de sordomudos, de ausentes y de personas por nacer; todas entidades jurídicas diversas, pero en donde el elemento confianza es indispensable.

Según el Artículo 107, L 51/18, las secciones fiduciarias pueden ejercer las siguientes funciones:

“1. Obrar como agente fiscal o de transferencia de cualquier corporación, y en tal carácter recibir y entregar dinero, traspasar, registrar y refrendar títulos de acciones, bonos u otras constancias de deudas, y obrar como apoderado o agente oficioso de cualquier persona o corporación nacional o extranjera, para cualesquiera objetos legales”.

“Se consagra en este numeral, un tipo especial de mandato a favor de “cualquier Corporación”, esto es, cualquier persona jurídica, como mandatario o intermediario para los efectos que la misma ley establece.

Ellos son:

a) Para recibir y entregar dinero. Con relación a esta función podemos citar el caso de un Banco que actuó como agente de transferencia en la liquidación de una sociedad limitada. El servicio prestado en este caso es interesante. veámoslo: Otra empresa compró los activos de la sociedad limitada en liquidación, y se comprometió, mediante un convenio especial a cancelar las obligaciones de aquella. El convenio estableció que la empresa compradora deberá entregar las sumas

correspondientes debidas a los acreedores, al Banco y éste a su vez, las transfería a tales acreedores previa entrega o cancelación de las garantías y documentos representativos de las obligaciones de acuerdo a un plan de pagos acordado inicialmente.

Así el Banco en su carácter de agente fiscal, recibe y entrega sumas de dinero y se compromete a notificar inmediatamente a los acreedores, cualquier anomalía o retardo de la sociedad compradora en la apropiación de tales sumas.

Dentro de esta misma clase de operaciones se podrían clasificar los encargos, muy extendidos dentro de las secciones fiduciarias de los Bancos, de pagar los dividendos de diferentes empresas a sus accionistas.

b) Traspasar, registrar y refrendar títulos de acciones, bonos u otras constancias de deuda.

Como complemento de las funciones antes comentadas, las secciones fiduciarias pueden encargarse de llevar los libros de capital y Registro de Accionistas de las empresas.

“2. Obrar como fideicomisario en virtud de cualquier hipoteca o bonos emitidos por cualquier otro fideicomiso no prohibido por la ley”.

“A primera vista la norma consagra facultades amplísimas para las Secciones Fiduciarias, pues parece establecer para aquellas la facultad de obrar como apoderados o agentes oficiosos de personas naturales y personas jurídicas nacionales o extranjeras, para objetos y fines no prohibidos por la ley”.

Tal interpretación parece reafirmarla el artículo 110 de la ley a cuyo tenor: “Ningún establecimiento bancario tendrá derecho a facultad para hacer un contrato o para aceptar o ejecutar un encargo que no fuere legal para un individuo tomarlo, aceptarlo o ejecutarlo”.

Pese a lo anterior, la Superintendencia Bancaria ha dado a estas normas una interpretación restrictiva en concepto que por su importancia nos permitimos transcribir:

“La prohibición contenida en el artículo 1o de la ley bancaria se refiere a las operaciones allí enumeradas, pero únicamente cuando tales operaciones tienen la calidad de fideicomiso, es decir, cuando constituyen un encargo de confianza. Un mandato implica un encargo de confianza cuando el mandatario tiene que hacer uso en mayor o menor grado de su criterio para su ejecución y no es este el caso en que se encuentran las consignaciones de fincas raíces que se hacen en las agencias de arrendamiento”.

Entre los antecedentes de la ley ninguno de mayor autoridad que los originales en inglés y las exposiciones de motivos redactadas por la Misión Financiera, autora del proyecto. Allí se encuentra como equivalente de la palabra legal, no la palabra inglesa *lanful*, que significa lícito o permitido por la ley, sino la palabra legal, que significa previsto por la ley *de modo que los encargos que la ley ha querido reservar a las secciones fiduciarias de los bancos son aquellas que están establecidas o previstas por la ley; tales como los de curador, albacea, etc...*

El depósito bajo custodia del Superintendente Bancario, de las garantías requeridas en este artículo, provee a esta seguridad y justifica la excepción a favor del Banco de dar otra garantía posterior, comentario que confirma la *interpretación restrictiva* que se da a las prohibiciones contenidas en el artículo 111 citado”, (Julio 17 de 1928).

Tal tesis tiene como se podrá apreciar a simple vista, una gran importancia, pues ella limita los encargos de confianza que pueden aceptar las secciones fiduciarias o aquellos establecidos en la misma ley bancaria.

Y es importante también, pues los Bancos basándose precisamente en lo dispuesto en este numeral lo del artículo 107, han intentado desarrollar - diversos tipos de negocios a través de poderes generales o especiales, tal el caso de la administración de inmuebles basados igualmente en el numeral lo. y del cual nos ocuparemos más adelante dado su especial interés.

Claro está que los argumentos aducidos por la Superintendencia para defender su tesis son serios y respetables, en especial los relacionados con la traducción del término “legal” y la extensión del mismo dentro del derecho anglosajón.

Sin embargo, el inciso 3o. del artículo 107 parece rebatir esta interpretación al decir: “Aceptar y ejecutar cualquier otro fideicomiso no prohibido por la ley”. Sin embargo, hemos visto cómo se entiende por fideicomiso todo encargo de confianza de los expresados en la ley bancaria, este inciso 2o. no haría otra cosa que reafirmar el hecho de que las secciones fiduciarias solo pueden aceptar encargos de confianza —y entre ellos mandatos o poderes—, expresamente establecidos por la ley bancaria. En resumen: estimamos que las disposiciones antes comentadas, son confusas y defectuosas, y dan pie para sostener una u otra tesis con argumentos igualmente serios. De otra parte aceptando la interpretación de la Superintendencia, las facultades de las secciones fiduciarias en Colombia resultarían muy limitadas, haciéndose necesaria una revisión para llenar vacíos y dar respuesta a una serie de necesidades y problemas que podrían ser resueltos, mediante la intervención de una institución, lo suficientemente respetable como lo es la banca comercial.

Como se puede observar, estos llamados comúnmente fideicomisos, no corresponden a la figura del trust anglosajón, sino que constituyen una especie de mandato”.

“3. Aceptar y ejecutar fideicomisos de mujeres casadas, divorciadas o separadas de bienes, o que administren bienes por cualquier causa, y servir de agente para el manejo de tales propiedades o para ejecutar cualesquiera negocios en relación con ellas”.

“Tal facultad desaparecida en razón, a la ley 28/32²⁷ reformativa de nuestro Código Civil, por medio de la cual se dio plena capacidad de ejercicio a las mujeres —antes incapaces relativas—, parece por este hecho haber perdido toda su relevancia.

Sin embargo, la función allí establecida presentaba dos puntos de importancia, a saber:

a) Se decía: aceptar y ejecutar fideicomisos de mujeres casadas, divorciadas o separadas de bienes o que administren bienes por cualquier causa.

Qué se quiso establecer entonces en tal artículo, al decir, ejecutar fideicomisos? ¿Simplemente encargos de confianza? ¿Pero entonces cuáles, si se entiende por fideicomiso los encargos de confianza establecidas en la misma ley bancaria?

Creemos que en este inciso se pretendió establecer el fideicomiso de origen anglosajón, en favor de personas que si en realidad estaban habilitadas por distintas causas para administrar sus bienes, se consideraban por aquel entonces incapacitadas física e intelectualmente para hacerlo.

b) Precisamente, por las razones antes mencionadas, el citado inciso establece también la facultad de actuar como agente para el manejo de tales propiedades o para efectuar cualquier negocio en relación con aquellas.

Por su equivalencia a la terminología inglesa “agent”, debe entenderse como apoderado, o sea, que

²⁷ En Diario Oficial N.22134, Noviembre 17 de 1932.

las facultades establecidas para este caso eran amplísimas: comprar, vender, enajenar (sic), dar en arrendamiento, etc”.

“4. Obrar por orden de cualquier autoridad judicial competente o de las personas que tengan facultad legal para designarlo con tal objeto, como síndico o fideicomisario o curador de bienes de cualquier menor y como depositario de sumas consignadas en cualquier Juzgado, ya en beneficio de tal menor o de otra persona, corporación o entidad, ya en cualquier otro carácter fiduciario”.

a) Síndico o fideicomisario o curador de bienes de cualquier menor. El primer término empleado, síndico, carece en absoluto de significado, referido a los bienes de un menor. Fideicomisario: ¿Cómo debe interpretarse esta calidad? Se puede aceptar como equivalente de Fiduciario, en la figura de la propiedad fiduciaria del Código Civil, pero también como fiduciario en la figura anglosajona, al igual de lo que acontece con la facultad consagrada en el inciso 3o., ya explicado en el punto anterior. Por último, curador de bienes, de acuerdo con la figura de la curatela y la tutela de nuestro Código Civil.

b) Como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado en beneficio de un menor o de otra persona, haciéndose una excepción a la prohibición de recibir depósitos en moneda corriente, cheques, giros y letras de cambio, contemplada por el artículo 108.

c) En cualquier otro carácter fiduciario. Los términos de esta facultad son vagos e indefinidos. Al decir el inciso 4o. “en cualquier otro carácter fiduciario”, se podrán comprender innumerables negocios, pues la palabra “fiduciario”, perfectamente podría aplicarse a la ejecución de cualquier encargo de confianza”.

“5. Para ser nombrado y actuar, por orden o designación de autoridad judicial competente o de individuos que puedan hacerlo según la ley, como fideicomisario, curador, depositario o encargado de los bienes de un demente, sordomudo, dilapidador o ausente, o como síndico o encargado de las propiedades de cualquier persona insolvente o concursada”.

a) Fideicomisario, curador, depositario o encargado de los bienes de un demente, sordomudo, dilapidador, esto es, de los demás incapaces aparte de los menores, y además de un ausente. Aquí como ocurre con el inciso 4o. ya analizado, la imprecisión y vaguedad de los términos entraba el desarrollo de la facultad. Así al término fideicomisario le podemos hacer extensivos los comentarios hechos al correspondiente usado en el inciso 4o. Los términos depositario o encargado de bienes referidos a los incapaces, carecen a nuestro modo de ver, de significado. El término curador, se debe referir a las normas propias de las curatelas en el Código Civil.

Por último, tales términos aplicados al caso del ausente, no tienen relevancia jurídica y su única relación es la del Libro 1.

b) Como síndico o encargado de las propiedades de cualquier persona insolvente o concursada. Esta facultad interesante de ser nombrado y actuar como síndico de una quiebra, no ha tenido un efectivo desarrollo entre nosotros”.

“6. Para ser nombrado y aceptar el nombramiento de albacea o fideicomisario constituido por testamento, o administrador de cualquier herencia o legado.

“a) Albacea o fideicomisario constituido por testamento, claro está, de conformidad a lo dispuesto en el Libro II, Título VIII (C.C.) relacionado con los ejecutores testamentarios, y las normas relativas a los albaceas fiduciarios en el Título IX del C. C., estudiadas en uno de los capítulos de nuestro trabajo”.

En cuanto al término fideicomisario, puede interpretarse como fiduciario tanto en la figura del fideicomiso civil o en la figura del trust anglosajón.

b) Administrador de cualquier herencia o legado. Creemos que tiene el mismo alcance y equivale al albaceazgo”.

“7. Para recibir, aceptar y ejecutar todos aquellos encargos legales, deberes y facultades relativos a la tenencia, manejo y disposición de cualquier propiedad raíz o mueble, dondequiera que esté situada, y las rentas y utilidades de ella, o de su venta, en la forma que se le nombre por cualquier autoridad judicial competente, persona, corporación u otra autoridad, y será responsable, respecto de todas las partes interesadas, por el fiel cumplimiento de tal encargo o facultad que acepte”.

“Esta norma parece otorgar facultades amplísimas a las secciones fiduciarias en lo relacionado a la administración de bienes muebles e inmuebles, e inclusive parece consagrar el trust anglosajón, de lo cual nos ocuparemos en punto separado.

Sin embargo, en lo relacionado con la administración y consignación para la compra o venta de propiedad raíz, la Superintendencia Bancaria se ha mostrado contraria a aceptar tal facultad para los bancos. En efecto, en el concepto 813 de enero 24 de 1951, emanado de tal organismo, se sostiene:

“Las obligaciones y derechos del Banco para con el vendedor que les encarga de la gestión descrita no son los de un mandatario sino los de un arrendador de servicios materiales, pues tratándose de operaciones cuyo objeto son los bienes raíces, y por añadidura de personas no comerciantes, debe clasificarse esta operación del banco intermediario para la compraventa, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil.

La definición del mandato que da el artículo 2142 del C.C. es tan amplia que parece comprender toda clase de gestiones de negocios que se hagan por orden y cuenta y riesgo de otros. Pero en los casos en que se presenta duda sobre si hay un mandato o un contrato de arrendamientos de servicios, la doctrina de nuestra Corte Suprema hace notar que el objeto propio e insustituible del mandato lo constituyen actos jurídicos, cuyo cumplimiento lleva implícitamente la representación, y que el mandatario actúa jurídicamente, es decir, interviene con su voluntad para el perfeccionamiento del negocio, presta su consentimiento y de esta manera crea vínculos obligatorios para su representado. Por tanto, para que exista mandato es esencial que la gestión consista en actos que produzcan efectos jurídicos.

Al registrar el Banco la función de que se encarga, que es la de buscar comprador a la finca que se le consigna para la venta y la de facilitar al comprador la tramitación del negocio, no se liga con sus clientes por un contrato de mandato sino por el de arrendamiento de servicios inmateriales, pues la gestión de intermediario se reduce en este caso a la realización de una serie de actos no jurídicos en que predomina la inteligencia sobre la mano de obra.

La conclusión que fluye del análisis hecho sobre los negocios en que un banco arrienda sus servicios para conseguir comprador o vendedor, según el caso, de una finca raíz, y suministrarle su consejo y ayuda al cliente hasta el perfeccionamiento de la compraventa, pero sin ejercer un verdadero mandato, es la de que esos negocios no están comprendidos entre las operaciones que puede hacer su sección fiduciaria según los artículos 105 y 107 de la Ley 45 de 1923. *“Y como la Superintendencia Bancaria ha considerado siempre que los bancos no pueden: ejercer funciones o hacer operaciones que la ley no les haya autorizado expresamente, se concluye que un banco (o su sección fiduciaria) no puede, conforme a la ley ocuparse en los negocios de que se viene hablando”* .

“8. Recibir, aceptar y ejecutar cualesquiera encargos o facultades que se le confieran o encomienden por cualquier persona o personas, corporación nacional o extranjera y otra autoridad, por concesión, nombramiento, traspaso, legado o de otra manera, o que se le haya confiado o traspasado por orden de cualquiera autoridad judicial competente, y recibir, tomar, manejar, conservar y disponer, de acuerdo con los términos del poder o fideicomiso, de cualquier propiedad raíz o mueble que pueda ser objeto de tal poder o fideicomiso”.

Esta norma que contempla más o menos las mismas facultades consagradas en el numeral 5o, creemos contradice el concepto de la Superintendencia, que en relación con la administración de bienes raíces hemos citado, en el punto anterior.

Lo que parece indudable, según se deduce de este numeral, es que tal administración o la compra y venta de inmuebles, puede ser ejecutada por las Secciones Fiduciarias a través de un poder, pues se dice que están facultadas para “recibir, manejar, conservar y disponer, de acuerdo a los términos del poder o fideicomiso”.

“9. Para obrar, según las reglas que prescriba el Superintendente, como agente de cualquier compañía de seguros contra incendio, de vida u otros, autorizada para hacer negocios en Colombia, solicitando y colocando seguros y cobrando primas sobre pólizas emitidas por tales compañías. Ningún establecimiento bancario de aquellos podrá en ningún caso garantizar el pago de las primas de seguros emitidas, mediante su intervención, por la compañía, ni podrá garantizar la verdad de ninguna relación hecha por el asegurado al hacer su petición de seguros”.

Además, el Artículo 10 de la Ley 57 de 1931²⁸, que sustituyó al Artículo 85 de la Ley 45 de 1923, en su numeral 15 faculta a los Bancos para “recibir bienes muebles en depósitos para su custodia, según los términos y condiciones que el mismo Banco prescriba.

En la práctica, los Bancos reciben tales bienes a través de sus secciones fiduciarias, combinando el depósito en custodia con ciertos tipos de mandatos, en los cuales se les otorga ciertas facultades para comprar, vender o suscribir valores, entregarlos o cobrar aquellos que resulten amortizados, vgr. bonos, cédulas.

Al respecto se ha pronunciado la Superintendencia Bancaria en el concepto 812 de octubre 1o. de 1951, así:

- Existe el contrato de depósito en custodia cuando un banco recibe de su cliente un bien mueble para que sea guardado en sus bóvedas en una caja de seguridad arrendada al efecto”.

Y continúa más adelante:

“Y así, si una persona entrega a un banco comercial, acciones de sociedad anónima o bonos de deuda pública con el encargo para el banco de cobrar dividendos o cupones pero también de suscribir nuevas acciones con el producto de tales dividendos, y de vender éstas o aquellas, entregar valores, cobrar valores, que resultan amortizados, como cédulas, bonos, etc., aunque se hagan tales operaciones siguiendo estrictamente las instrucciones de los clientes, se está excediendo las atribuciones propias del depósito en custodia y se está abarcando, con denominación errada, campo de manejo de valores propios de la sección fiduciaria”.

²⁸ En Diario Oficial N.21683, Mayo 7 de 1931.

Finalmente, debemos observar que a pesar de que tales encargos han sido ejecutados consuetudinariamente por las Secciones Fiduciarias, el simple depósito en custodia, de acuerdo a la doctrina citada, puede ser aceptado por un Banco que no posea sección fiduciaria, siempre y cuando no conlleve la ejecución de las labores de administración o de disposición a las que hace referencia el citado concepto”.

Insistimos en que la Ley 45 de 1923 en las normas transcritas continúa identificando el fideicomiso, el mandato, la administración, el albaceazgo, la curaduría, la comisión, etc., es decir, todos aquellos actos o negocios jurídicos en donde el elemento confianza tiene una relevancia, tiene una trascendencia.

Los dineros, los fondos, que se reciban en fideicomiso deben mantenerse separados del resto del activo del banco, es decir, la configuración de un *patrimonio especial*, teniendo en consideración que, cuando “la conveniencia de inversiones pendientes lo exija, pueden ser depositadas temporalmente en la sección comercial”.

- Su inversión solamente puede hacerse en las “obligaciones con interés” que de manera taxativa señala el artículo 118 de la Ley 45 de 1923, salvo que en el fideicomiso haya una especial y directa autorización para invertirlos de otra manera. Son las siguientes:

“El Artículo 6o. del Decreto 1730 de 1974²⁹, dice textualmente:

“Los depósitos de ahorro captados por la Caja y Secciones de Ahorro de los Bancos Comerciales a partir del 1o. de julio de 1974, excepción hecha del encaje legal previsto por el artículo 3o. de la Resolución 32 de 1972³⁰ de la Junta Monetaria, así como aquella parte de los recursos que vayan siendo liberados conforme a lo previsto por el artículo 3o, de este Decreto, podrán invertirse en las siguientes operaciones:

a. En inversiones y operaciones de crédito ordinarias o de fomento, siempre y cuando tales inversiones u operaciones se estipulen a tasas de interés iguales o inferiores a la tasa de interés del 24 por ciento anual efectivo;

b. En valores de renta fija emitidos por entidades de derecho público, establecimientos de crédito o sociedades anónimas nacionales”, (Doctrinas y Conceptos Boletín, Superintendencia Bancaria, Oficina Jurídica, No. 060, Mayo 30 de 1980)³¹.

²⁹ En Diario Oficial. Año CXI. N. 34163, pág 573.

³⁰ Junta Monetaria, Diario Oficial Año CIX N. 33701.29, Septiembre de 1972.

³¹ El Artículo 118 en mención, ha sufrido distintas modificaciones, en su orden: Decreto 1697 de 1960 (En Diario Oficial. Año XCVII. N. 30303, pág 413), Decreto 30388 de 1968 (En Diario Oficial N. 32691, 21 de enero de 1969, pág 84), Decreto 1590 de 1972 (En Diario Oficial Año CIX. N.33710, pág 131), Decreto 1994 de 1972 (En Diario Oficial. Año CIX. N. 33742, pág. 692), Decreto 2278 de 1972 (En Diario Oficial. Año CIX N. 33781, Pág. 340) y finalmente el Decreto 1730 de 1974 (En Diario Oficial. Año. CIX. N. 34163, pág 573) que determina en su artículo 6o. “las operaciones en las cuales pueden ser invertidos los depósitos de ahorro por las cajas y secciones de ahorro de los bancos, norma esta que, con base en las consideraciones expuestas, es aplicable en

— Ningún establecimiento bancario podrá celebrar ningún contrato ni aceptar ningún tipo de encargo que no resultare legal para “tomarlo, aceptarlo o ejecutarlo” por parte de una persona natural.

Y, según el Artículo 111, sólo los establecimientos bancarios, debidamente autorizados por la superintendencia bancaria para tener sección fiduciaria, pueden ejercer las facultades de “recibir depósitos de dinero, seguridades u otros bienes de cualquier persona o corporación en calidad de fideicomiso, o tener o ejercer en la República de Colombia las facultades especificadas en este capítulo”.

Norma que podría hacer pensar que el fideicomiso civil se limitó a las personas naturales y que, en tratándose de personas morales que van a hacer las veces de fideicomisarios, éstos sólo podrán serlo los establecimientos bancarios, a través de sus secciones fiduciarias.

Pero, el Decreto 2369 de 1960³², sobre corporaciones financieras, en el numeral 10o del Artículo 3o, facultó a dichas entidades para realizar las operaciones fiduciarias de que tratan los Artículos 105 a 107 de la Ley 45 de 1923, cuando recibieran la autorización del superintendente bancario, agregando, además de las del 107, las siguientes, también de índole fiduciaria: “Promover acuerdos entre los empresarios accionistas y los acreedores o los tenedores que las diversas clases de obligaciones emitidas por una empresa, a fin de procurar su reorganización y estabilidad financieras; y emitir certificados negociables que acrediten la participación de diversos copropietarios en fondos de valores mobiliarios, entregados a la corpora-

todas sus partes a la inversión de los fondos fiduciarios... ”.

Para finalizar este segundo punto, es imperioso resaltar que las restricciones impuestas por el artículo 109 de la Ley 45 de 1923, sufren una importante excepción que permite su inaplicabilidad, en el evento de que el establecimiento bancario haya sido especial y directamente autorizado por los términos de un testamento o escritura de fideicomiso, caso en el cual, los fondos recibidos podrán aplicarse a una inversión diferente de los ya señalados —precisamente aquella designada en la correspondiente autorización— circunstancia que no implica la existencia de plena libertad en la materia que nos ocupa, toda vez que la entidad bancaria debe sujetarse en su actividad a las instrucciones dadas por el causante o el fideicomitente, según el caso.

(Doctrinas y Conceptos, Boletín Superintendencia Bancaria, Oficina Jurídica, No. 060, Mayo 30 de 1980).

“La Superintendencia es de concepto que los artículos 107, (ordinales 3, 7 y 8) y 110 de la Ley 45 de 1923, autorizan a un banco para hacer a su cliente un anticipo a la propiedad que el Banco va a recibir de él con encargo fiduciario.

“Además de los artículos citados, debe tenerse en cuenta que no existiendo reglamentación legal del contrato de fideicomiso entre nosotros, parece posible aplicar por analogía las disposiciones similares del Código Civil, que reglamentan la constitución de la propiedad fiduciaria, y según el artículo 876 de dicho Código, “los bienes que fiduciariamente se posean se asimilarán a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría y las facultades del fiduciario a las del tutor o curador. Como el artículo 499 de la misma obra admite que el tutor o curador podrá cubrir con los dineros del pupilo los anticipos que haya hecho a beneficio de éste, síguese que el fideicomisario puede hacer anticipos en un caso como el que se somete a mi consideración”.

(Tomado de Lara Meléndez, Jaime, ob. cit., págs. 175 y 176).

³² En Diario Oficial. Año XCVII. N. 30361. pág 130.

ción financiera para su administración”. (Numeral 10, Artículo 3o. del Decreto 2369 de 1960).

Se ha pretendido afirmar que el legislador en la Ley 45 de 1923 introdujo la figura del trust anglosajón al Derecho Colombiano. Esta posición la acepta la superintendencia bancaria en concepto número 807 de noviembre 13 de 1936, y también el autor nacional Jaime Lara Meléndez³³.

Sin embargo, la misma superintendencia bancaria en concepto número 814 de enero 24 de 1951, rechazó la asimilación del fideicomiso consignado en la Ley 45 de 1923 a la figura del trust anglosajón³⁴.

Cualquiera sea la conclusión a que se llegue, es lo cierto que hay que reconocer que la amplitud con que el legislador trató el fideicomiso en la ley bancaria y la ausencia de una necesaria y específica reglamentación para su constitución y ejecución, desde el punto de vista práctico ni los bancos ni últimamente las corporaciones financieras pudieron desarrollar la fiducia bancaria.

2.3.2 Ley 45 de 1990³⁵

Mediante la ley 45 de 1990 el legislador quiso dar un mayor énfasis a la figura de la fiducia mercantil, para efectos de incentivar el desarrollo en la práctica de los negocios mercantiles tanto de las personas naturales como jurídicas nacionales y extranjeras.

De esta manera, señaló que las sociedades fiduciarias podrán celebrar operaciones mercantiles autorizadas por la ley, y además prohibió a los establecimientos financieros de crédito prestar servicios fiduciarios, salvo si se trata de operaciones de recaudo y transferencia de fondos, que sean complementarias o vinculadas a sus actividades o cuando obren como agentes de transferencia y registro de valores, o como depositarios.

En la actualidad sólo pueden actuar como fiduciarios en Colombia las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, que vigila sus actividades para proteger los intereses y la confianza del público.

Ante el acelerado desarrollo de este negocio en el país, se creó la Asociación de Fiduciarias gremio que cumple una loable labor en beneficio del crecimiento de este negocio, con profesionalismo y transparencia. Esta asociación tiene afiliadas a 38 sociedades, y cada vez su número se incrementa.

³³ Lara Meléndez, Jaime, ob, cit, pág 176.

³⁴ “Según la minuta, el cliente otorga una escritura pública en la cual declara que transfiere al Banco “a título de encargo fiduciario, el dominio pleno”; de los terrenos cuya ubicación y demás pormenores se expresan. Y añade que el fin del encargo fiduciario en razón de la cual se transmite al Banco la propiedad de ellos es el que éste los venda a terceros”.

³⁵ En Diario Oficial. Año. CXXVII.N. 39607.19, Diciembre, 1990. pág. 3.

2.3.3 Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero)³⁶

El estatuto orgánico del sistema financiero, instituyó a las sociedades de servicios financieros (sociedades fiduciarias) como las únicas que podrían llevar a cabo operaciones mercantiles contando con la autorización de la Superintendencia Bancaria, a fin de regular y desarrollar aún más la operatividad de figuras jurídicas como lo son el encargo fiduciario, la fiducia mercantil, etc, toda vez que no se había logrado en décadas pasadas.

En este sentido, las operaciones *autorizadas de conformidad al artículo 29 del estatuto son:*

1. *Operaciones autorizadas.* Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán, en desarrollo de su objeto social:

- a) Tener la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio;
- b) Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece.
- c) Obrar como agente de transferencia y registro de valores;
- d) Obrar como representante de tenedores de bonos;
- e) Obrar, en los casos en que sea procedente con arreglo a la ley, como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, por orden de autoridad judicial competente o por determinación de las personas que tengan facultad legal para designarlas con tal fin;
- f) Prestar servicios de asesoría financiera;
- g) Emitir bonos actuando por cuenta de una mercantil constituida por un número plural de sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1026 de 1990³⁷ y demás normas que lo adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 1 y 2 ibídem. Igualmente, dichas entidades podrán emitir bonos por cuenta de dos o más empresas, siempre y cuando un establecimiento de crédito se constituya en avalista o deudor solidario del empréstito y se confiera a la

³⁶ En Diario Oficial. Año CXXVIII. N. 40820, 5 Abril de 1993.

³⁷ En Diario Oficial. Año CXXVII N. 39363.

entidad fiduciaria la administración de la emisión;

h) Administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez, previa autorización de la Superintendencia Bancaria, la cual se podrá otorgar cuando la sociedad acredite capacidad técnica de acuerdo con la naturaleza del fondo que se pretende administrar.

Para el efecto las sociedades fiduciarias deberán observar lo dispuesto en los artículos 168 y siguientes del presente Estatuto.

Posteriormente, en cuanto a la fiducia mercantil (inversión) el mismo artículo citado estableció sobre sus operaciones:

2. Fiducia de inversión. Las sociedades fiduciarias podrán desarrollar operaciones de fideicomiso de inversión mediante contratos de fiducia mercantil, celebrados con arreglo a las formalidades legales, o a través de encargos fiduciarios.

Entiéndese por “fideicomiso de inversión” todo negocio fiduciario que celebren las entidades aquí mencionadas con sus clientes, para beneficio de éstos o de los terceros designados por ellos, en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente y con lo previsto en el presente Estatuto.

Las sociedades fiduciarias podrán conformar fondos comunes ordinarios de inversión integrados con dineros recibidos de varios constituyentes o adherentes para el efecto.

Para los efectos de este Estatuto entiéndese por “Fondo Común” el conjunto de los recursos obtenidos con ocasión de la celebración y ejecución de los negocios fiduciarios a que se refiere el inciso 1º del presente numeral, sobre los cuales el fiduciario ejerza una administración colectiva; así mismo no podrán integrar fondos comunes especiales.

Igualmente, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señaló prohibiciones a dichas operaciones las cuales se concretizan así:

“Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley” .

También, en él se consagró la posibilidad de efectuar contratos de red de oficinas, donde las sociedades fiduciarias podrán celebrar con los establecimientos de crédito contratos para la utilización de su red de oficinas, con el objeto de realizar por conducto de éstas las operaciones de recaudo, recepción, pago, enajenación y entrega de toda clase de bienes muebles e inmuebles necesarias para el desarrollo

de los negocios propios de su actividad, en los casos y bajo las condiciones que fije el reglamento y siempre que a través de estas operaciones no puedan realizarse, directa o indirectamente, las actividades fiduciarias no autorizadas a los establecimientos de crédito y que los medios empleados para el efecto permitan revelar con claridad la persona del fiduciario y la responsabilidad de las instituciones financieras que intervienen en su celebración.

Por último, se debe afirmar que está es la legislación vigente que trató de impulsar y desarrollar la función de las sociedades fiduciarias, dándolas a conocer al público para efectos de acceder a una diversidad de operaciones mercantiles basadas en la confianza y soportadas por la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Capítulo III

3. SURGIMIENTO Y NATURALEZA DE LA FIDUCIA MERCANTIL EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 SURGIMIENTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL

3.1.1 MEXICO¹

En este país la fiducia ha tenido una importante participación en el campo del fomento, por medio de la infraestructura hotelera; estos fideicomisos, permiten al mismo Estado efectuar inversiones en otros campos que lo requieran en forma prioritaria.

México es un país atractivo para los inversionistas extranjeros, es el tercer país del mundo en captación de recursos externos y en este campo el fideicomiso ha promovido la inversión.

En el tratado de libre comercio suscrito entre México, Estados Unidos y Canadá, el fideicomiso ha sido aceptado como una figura de principal orden, por que debido a su versatilidad puede ser utilizado en cualquier modalidad de inversión extranjera.

De acuerdo con la ley, el capital extranjero en México puede invertirse así: en empresas bajo porcentajes muy definidos o mediante fideicomiso, en este caso el fideicomiso adquiere acciones de una empresa y posteriormente, sobre este fideicomiso se emiten certificados ordinarios de participación, los cuales son adquiridos luego por extranjeros.

3.1.2 VENEZUELA²

La nacionalización del hierro y del petróleo marcó el inicio del desarrollo del fideicomiso en este vecino país. El Estado venezolano se convirtió en el principal promotor del fideicomiso de los trabajadores vinculados a las industrias del hierro y del petróleo.

Los principales fideicomisos en Venezuela son los de planes de jubilación, los de administración, para inversión extranjera por medio de valores de deuda pública; de transporte urbano; fideicomisos para procesos de privatización y otro para el desarrollo cultural y laboral.

¹ Fiducia I Parte, en *Revista Integración Financiera*, Año 8. No.40, Diciembre de 1992, Bogotá, 1992, págs. 30, 31.

² *Ibidem*.

3.1.3 HONDURAS³

El fideicomiso no es nuevo en el sistema bancario hondureño, las primeras operaciones de fideicomiso con la banca privada comenzaron en 1960. Desde 1967 comenzaron a constituirse proyectos habitacionales de acuerdo con fideicomisos. Recientemente se comenzaron a estructurar las áreas fiduciarias de los bancos, que únicamente venían prestando servicios de fideicomiso de inversión.

3.1.4 COSTA RICA⁴

En este país, pese a que el fideicomiso aparece contemplado desde 1953, no ha tenido un real desarrollo. El único fideicomiso existente, y por lo tanto con una connotación importante, es el relacionado con los dineros provenientes de organismos internacionales.

3.1.5 GUATEMALA⁵

El fideicomiso aparece en 1945. Sin embargo en 1953 fue consagrado a nivel constitucional y apenas en 1963 se sancionó en el Código Civil. En la década de 1970 aparecieron algunos fideicomitentes estatales. Los expertos estiman que el escaso desarrollo del fideicomiso en esta nación centroamericana obedece al fracaso rotundo de algunos que se celebraron.

3.1.6 ARGENTINA⁶

Se encuentra una sola referencia y es el artículo del Código Civil que lo califica como de dominio imperfecto. Se han realizado numerosos proyectos y existen algunos institutos que corresponderían a las posibilidades prácticas de desarrollo del fideicomiso.

3.1.7 ECUADOR⁷

Existe la propiedad fiduciaria estipulada en el Código Civil y por la Ley del mercado de valores se reformaron un sinnúmero de leyes. El fideicomiso mercantil se define ahora como un patrimonio de afectación, de naturaleza irrevocable, pero con el problema de deferir a las normas del derecho civil lo no previsto en ellas. Es un proyecto archivado de la ley general de instituciones financieras, se prevé la creación de sociedades fiduciarias.

³ *Ibíd.*

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*

⁷ *Ibíd.*

3.1.8 EL SALVADOR⁸

Aunque el fideicomiso se consagro desde 1947, no vino a ser reglamentado sino hasta 1970 y comienza a entrar en algunos sectores.

3.1.9 NICARAGUA⁹

No existe el fideicomiso propiamente dicho, pero figura en el Código Civil. Como la banca fue nacionalizada en 1991, sólo desde ese año se reanudaron las actividades que podrían dar lugar a su futuro desarrollo.

3.2. DOCTRINA Y SU CRITICA:

Muchas son las obras que se han escrito y las teorías que se han expuesto con relación a la naturaleza jurídica de la Fiducia, entre las cuales merecen destacarse las siguientes:

3.2.1. TEORIA DEL MANDATO (Panamá)

3.2.1.1 Exposición:

Tiene como principal exponente a Ricardo J. Alfaro¹⁰, un jurista panameño, “quien tuvo el acierto de asimilar antes que nadie el Trust Anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana, como es el nuestro. No cabe duda acerca de la notable visión jurídica de ese autor, pues como consecuencia de su estudio muchos países latinoamericanos adoptaron en sus ordenamientos una institución cuyo establecimiento se hacía necesario por el notable desarrollo ocurrido en los últimos años”.

Para este ilustre tratadista, *la Fiducia es un Contrato de Mandato de tipo irrevocable, o con la característica especial de ser irrevocable*^{10bis}.

En su obra “El Fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinoamericanos una institución nueva semejante al Trust del Derecho Inglés”, publicada en el año de 1920, así consigna su concepto sobre la naturaleza jurídica de la fiducia:

“...se han dado muchas definiciones tanto del fideicomiso romano como del Trust inglés. Pero si se les compara cuidadosamente se echará de ver que todas coinciden en un elemento esencial: Que tanto el fiduciario como el trustee inglés es siempre persona que ejecuta un encargo o comisión que le ha sido dado por otra persona

⁸ Ibídem.

⁹ Ibídem.

¹⁰ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 96.

^{10bis} Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 96.

para beneficio de un tercero”.

“En el antiguo fideicomiso se habilitaba al fiduciario para desempeñar su encargo instituyéndole heredero. En el trust angloamericano se habilitaba al trustee invistiéndolo con el “título legal” sobre los bienes. De consiguiente, si tanto en el fideicomiso como en el trust, lo que hacen el fiduciario y el trustee es ejecutar un encargo por cuenta del testador o constituyente, y si en el derecho civil el mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, no hay duda de que el mandato es la institución de derecho civil que tiene más estrecha semejanza con el trust, puede ser (sic) y ha sido asimilado a un mandato en que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario”.

“Pero, es el concepto de mandato suficiente por sí solo para caracterizar el trust? Evidentemente que no, por que así fuera, los fines del trust podrían cumplirse por medio del mandato y ello no es así. Las razones son obvias”.

“El mandato se extingue por la muerte del mandante y puede ser revocado por él en cualquier tiempo. Esto basta para evidenciar que el mandato ordinario de los códigos civiles sería del todo ineficaz para afrontar las situaciones que se arreglan por medio del trust. Es de la esencia del trust el ser irrevocable, como lo es de las donaciones intervivos. Ciertamente es que el derecho común reconoce la existencia o posibilidad de trusts revocables, pero para la mentalidad latina estos casos no son sino la excepción que confirma la regla”¹¹.

Y concluye dándonos la siguiente definición:

“El fideicomiso es un contrato *suigeneris*, cuya esencia es de un mandato, un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciaria para que disponga de ellos *conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario*”¹².

Esta concepción del profesor Alfaro fue vivamente criticada por los doctrinantes de la época y por ello se vio en la necesidad de hacer su defensa en una obra publicada en el año de 1948, con el título de “Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil, cursos monográficos”. Dijo el célebre tratadista:

“Así pues al formular una definición para mi proyecto de 1920, afrontaba la necesidad de hacer lo más inteligible que se pudiera una ley que venía a introducir una institución exótica, innovadora y de concepción difícil para los no familiarizados con el derecho anglosajón; y me animaba el propósito de ofrecer su texto a la comprensión de los jueces, abogados y legos en la forma más sencilla y con la mayor claridad. Fueron estas razones prácticas las que me impulsaron a

¹¹ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., págs. 97 y 98.

¹² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., pág. 744.

hacer uso del símil del mandato irrevocable, que han criticado algunos no sin razón, porque se han atendido al significado ordinario de estos dos términos.”

Pero la crítica ha sido formulada sin conocer y por ende sin apreciar el criterio pragmático que determinó el empleo de aquel símil y dando una importancia exagerada a una terminología que no afecta en lo absoluto la esencia de la cuestión. Por otra parte, los críticos han procedido como si la definición dijera: “El fideicomiso es un mandato irrevocable” y terminaría allí con un punto final. Se ha prescindido por completo de las palabras que siguen, que son las que explican la esencia de la cosa definida:

“en virtud del cual se transmiten ciertos bienes, etc.”¹³.

Y termina por formular la siguiente nueva definición de este instituto jurídico:

“El Fideicomiso es un acto por virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario”¹⁴.

La explica así: “Quedan comprendidos en esta definición los tres elementos constitutivos del acto, a saber:

1. La transmisión de patrimonio;
2. La destinación que se da al patrimonio;
3. El encargo que debe ejecutar.

Quedando así mismo expresada la función y nomenclatura de cada una de las tres personas que intervienen en el acto jurídico, a saber¹⁵:

1. El que hace la transmisión del patrimonio;
2. El que recibe el encargo de dar cumplimiento a la destinación;
3. El que va a gozar del beneficio”.

3.2.1.2 Crítica:

El fideicomiso no es un mandato: Para poner en claro que el fideicomiso no es un mandato, habrán de observarse las estructuras de ambas instituciones paralelamente.

Y en el replanteamiento de su tesis vuelve a identificar el fideicomiso con el mandato, cuando al exigir el elemento constitutivo señala que “es el encargo que se debe ejecutar”.

¹³ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., págs. 98 y 99.

¹⁴ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 99.

¹⁵ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 99

“Para hacer más congruente su teoría con la realidad, debería haber definido ese elemento constitutivo, como la obligación del fiduciario de ejercitar los derechos que se le han transmitido, para el cumplimiento de los fines del fideicomiso¹⁶.

Tal vez esa constante de establecer una relación entre el fideicomiso y el mandato, se debió a la existencia en la doctrina y la jurisprudencia, de la clasificación de los contratos en típicos o nominados y atípicos o innominados.

A estos últimos se les aplica la siguiente regla: “Las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato se aprecian por analogía del tipo contractual al punto de vista jurídico pertinente”¹⁷.

3.2.2 EL FIDEICOMISO COMO DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD (Italia)

3.2.2.1 Exposición:

Su principal exponente es *Remo Franceschelli*¹⁸, autor italiano, estudioso del trust inglés, quien trata de explicar la naturaleza jurídica de éste a luz de los regímenes jurídicos de ascendencia romana.

Como consecuencia de esta teoría, hay dos titulares del derecho de propiedad sobre un mismo bien. Por una parte el fiduciario, quien tiene la titularidad jurídica y, por la otra, el fideicomisario, quien posee la titularidad de carácter económico.

Franceschelli, refiriéndose a la protección del beneficiario en el trust dentro del sistema jurídico inglés, afirma que “para realizar en forma cumple tal el fin relativo a la protección del beneficiario y para dar vida a un sistema que entre los juristas continentales puede parecer muy curioso y extraño en el derecho inglés se llega al *Desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos derechos de propiedad contemporáneos, cuyos titulares son sujetos diversos y se refieren al mismo objeto*¹⁹. El originario se atribuye a dos sujetos distintos: Al fiduciario o (trustee) y al beneficiario (cestui que trust). Al primero, el common law le reconoce un señorío legal (legal state), y al segundo, la equity le otorga un señorío equitativo (equitable estate).

Ese desdoblamiento del derecho de propiedad originario, se efectúa en la siguiente forma:

¹⁶ Villagordoa, Lozano, José M., ob. cit., pág. 100.

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 31 de Mayo de 1938, citada por Guillermo Ospina Fernández, *Curso de derecho Civil, de los actos o negocios jurídicos y de los contratos en general*, Editorial Temis, Bogotá, 1980, pág. 69.

¹⁸ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 109. (Para una ampliación del tema, véase la obra de Remo Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, Cedam, 1935).

¹⁹ Villagordoa Lozano, José M., ob. cit., pág. 109.

“En primer término, tenemos el derecho de propiedad formal exterior (del trustee) y después el derecho de propiedad sustancial (del cestui qui trust)”.

El primero se refiere a la disposición del bien, y el segundo al goce del mismo, facultades que quedan radicadas en el trustee y en el cestui que trust, respectivamente.

Terminó por esbozar las siguientes reglas:

“1. Siempre que por un hecho o por un evento cualquiera o por cualquier manifestación de voluntad, se constituya un trust, el contenido normal del derecho de propiedad sobre la cosa que es objeto de él se divide en dos partes: trust ownership configurado como un legal state) por un lado y beneficial ownership (configurado como un equitable estate) por el otro lado, cada uno atribuido a un sujeto diferente.

A la inversa se puede decir:

2. Cuando se reúnen ambos sujetos en un mismo sujeto, el trust queda extinguido.

Es decir:

3. Cada vez que “el legal estate” se atribuye a un sujeto y la “equitable ownership” a otro, estaremos en presencia de un trust.

En fin:

4. Cada vez que la trust ownership y la beneficial ownership en principio separadas, se reúnen en las mismas manos, el fideicomiso concluye.

La trust ownership y la beneficial ownership así desdobladas, son independientes la una de la otra respecto de los actos de disposición o de destino, que puedan ejecutar los sujetos titulares de cada uno de esos derechos.

La transmisión posterior de cualquiera de esos derechos a un tercero, no cambia la naturaleza de los mismos en relación con sus titulares originarios.

Los corolarios 3) y 4) nos permiten, por último, obtener otra regla general de importancia:

5. Cada vez que la legal state y la equitable estate estén investidas en sujetos diversos, el legal owner, esto es, el titular de la legal ownership, es siempre trustee en beneficio del equitable estate, es decir, del titular de la equitable ownership²⁰.

²⁰ Villagordoa Lozano, José M, ob. cit., pág. 109 y 110.

3.2.2.2 Crítica:

Dado el carácter absoluto del derecho de propiedad, es imposible concebir que existan dos titulares sobre un mismo bien, ya que esa característica, existiendo un titular, necesariamente excluye la presencia de otro. Ni siquiera se podría aceptar, como lo hace el mexicano Manuel Lizardo Albarrán²¹, que en el fideicomiso existe una doble titularidad de un derecho; por su contenido jurídico y por su contenido económico, ya que el concepto económico es completamente ajeno a nuestros propósitos, porque escapa al campo jurídico y, en este caso, en nada incide sobre él.

De todos modos, sólo se puede reconocer a un titular sobre un derecho y la existencia de cualquier otro titular respecto del mismo derecho, tiene que ser posterior y con un título derivado del anterior detentador. Y no puede alegarse de un caso de copropiedad, ni que se trata de diversas relaciones jurídicas, ya que la misma titulación de la tesis no lo permite: “Teoría del desdoblamiento del derecho de Propiedad”.

3.2.3 EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO SIN TITULAR (Francia)

3.2.3.1 Exposición:

El francés Pierre Lepaulle²², es su principal sustentador; él partió, para la construcción de su teoría, del análisis y crítica de las posiciones que tradicionalmente se esbozaron en esa época. Estas teorías, aunque radicalmente opuestas entre sí, tienen en común la característica de reducir el problema a la determinación de la naturaleza de los derechos del beneficiario.

La primera decía, que el ‘cestui’ era esencialmente un acreedor del trustee. La segunda afirmaba que el trust es una división del derecho de propiedad entre el cestui y el trustee. El primero tiene un verdadero derecho de propiedad restringido en cierto sentido, ya que no puede administrar, pero benéfico puesto que tiene todas las ventajas de ese derecho real, sin imponerle sus cargas ni responsabilidades.

Lepaulle dice, refiriéndose a la primera posición, que es verdad que el cestui tiene un derecho de crédito, pero que esa no es la esencia del trust, que eso es evidentemente falso, ya que el trust puede no constituirse a favor de sujetos de derecho y queda definitivamente establecido aún si el settlor omite designar trustee.

En cuanto a la segunda posición, afirma que es imposible que el derecho del cestui sea un derecho real, ya que puede tener por objeto un derecho personal. Y un derecho real sobre un derecho personal no existe. Y además, para que pueda darse una división del derecho de propiedad, necesariamente deben existir dos sujetos de

²¹ Lara Meléndez, Jaime, ob. cit., pág. 36.

²² Lara Meléndez, Jaime, ob. cit., pág. 37.

derecho, que no existen en el trust, ya que pueden dejarse bienes en trust “destinados a decir misas para el reposo del alma, cuidar un perro, difundir tal o cual concepción del cristianismo, etc.”[♦].

Para Lepaulle debe llegarse más lejos y decir “que toda definición del trust basada en una repartición de derechos entre el trustee y cestui, o en una relación jurídica trustee-cestui-settlor, es desde luego falsa, ya que no puede definirse la esencia de una institución como una serie de relaciones entre tres personas cuando ninguna de las tres es esencial para su existencia”. En efecto, el settlor jamás existe en el constructive trust; por otra parte, el trustee puede no haber sido designado sin que la omisión perjudique la existencia o validez del trust; en cuanto al beneficiario, su inexistencia es frecuente.

Para el autor, la única forma de abordar el problema de la naturaleza jurídica del trust en el derecho contemporáneo es, indagando sobre los elementos esenciales para la formación y la vida del mismo. Dice, basado en la distinción de patrimonios formulada por Brinz (de personales e impersonales o afectos a un fin) que tales elementos son dos: Un patrimonio distinto y una afectación.

En primer lugar un patrimonio. Esta es, en efecto, la conclusión inevitable a que llega después de esbozar los siguientes principios:

1. El trust presupone necesariamente derechos patrimoniales en los cuales se apoya.
2. Estos derechos no se hallan más en el patrimonio de nadie.
3. Estos derechos integran un todo distinto.
4. Ese todo constituye una universalidad.

Y una afectación, ya que si no se especifica, si se vuelve imposible o ilícita, o si se realiza, el trust desaparece.

Habiendo descubierto la afectación como el elemento especial único que caracteriza al trust, Lepaulle²³ concluye defendiendo al trust, como “una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en la que la unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público”.

Esta definición parece suscitar una inmediata objeción de principio: “Cómo podríamos disociar —se argumentaría— las nociones de personalidad y de patrimonio, puesto que tradicionalmente se define el patrimonio en función de la personalidad? Este argumento, Lepaulle lo contesta de tres maneras;

[♦] Recuérdese lo dicho sobre el “charitable trust”.

²³ Lara Meléndez, Jaime, ob. cit., pág. 36. (Para profundizar en el tema, véase la obra de Pierre Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trust*, 1932, Editorial Porrúa, México, 1975.

1. Es inexacto que el derecho anglosajón haya definido el patrimonio de ese modo y ni siquiera ha pensado jamás en unir las dos nociones.
2. Tal disociación es un hecho casi consumado en la doctrina francesa actual, que abandona más y más la teoría tradicional.
3. El derecho positivo reconoce un gran número de instituciones que son patrimonios sin ser personas morales: fundaciones, fiducia, bienes del ausente después del envío en posesión, sucesiones vacantes o recibidas a beneficio de inventarios, etc”.

Según Lepaulle²⁴, finalmente, “la definición propuesta implica ciertos corolarios que se deben precisar a fin de constituir la estructura del trust:

1. La afectación de los bienes debe realizarse por una voluntad.
2. Las obligaciones del trustee existen frente al trust no frente al cestuí.
3. El derecho del cestui es un crédito que existe contra el trustee.
4. La voluntad unilateral puede ser jurídicamente válida en el dominio de los trust expresos.
5. El trust debe tener un domicilio y una nacionalidad”.

Hay quienes afirman que esta es la teoría que más influencia ha tenido en las legislaciones latinoamericanas, en las adaptaciones del Trust²⁵. Por ello ha sido acogida por varios autores latinos entre los cuales hay que destacar al mexicano Landerreche Obregón²⁶, para quien el fideicomiso “constituye un patrimonio autónomo, es decir, que no pertenece a ninguna de las personas que participan en el fideicomiso, y al cual quedan afectados los derechos afectados por el fideicomitente”.

A primera vista podríamos concluir que nuestro Código de Comercio en su Artículo 1233²⁷ acoge la Teoría de Lepaulle, cuando dice que todos los bienes fideicomitados conforman “un patrimonio autónomo”. Pero, en realidad, simplemente el legislador ha incurrido en una imprecisión terminológica, pues en lugar de hacer alusión al Patrimonio Autónomo²⁸, ha debido referirse al Patrimonio Especial, que es un

²⁴ Lara Meléndez, Jaime, ob. cit., pág. 40.

²⁵ Lara Meléndez, Jaime, ob. cit., pág. 59.

²⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., Pág 151.

²⁷ El artículo 1233 del C. de Co. dispone lo siguiente: “Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”.

²⁸ Patrimonio Autónomo es el que existe sin sujeto titular, como la herencia yacente (en el derecho alemán).

desarrollo de la Teoría Intermedia sobre el patrimonio²⁹, uno de cuyos postulados es el de que al no ser el patrimonio un atributo de la personalidad, no goza de sus características propias y, por tanto, una persona puede tener varios patrimonios, constituidos por un fin determinado, fin que en tratándose de una universalidad jurídica, estará impuesto por la ley. Esa la razón del Artículo 1233 de nuestro Código de Comercio:

“Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”.

3.2.3.2 Crítica:

En realidad, la tesis de Lepaulle no es sino una aplicación de la Teoría Objetiva del

²⁹ “Escuela o Teoría Intermedia del Patrimonio cuyo principal autor es Doménico Barbero y entre otros, Biondo Biondi. Para explicarla, Barbero, parte del hecho de la existencia de una serie de relaciones jurídicas que tienen un objeto propio y un sujeto determinado, las cuales en su conjunto nos dan la idea de una esfera jurídica cuyo epicentro es el sujeto de derecho y que comprende todas las relaciones jurídicas, ya sean de Derecho Público o de Derecho Privado, de carácter económico o de tipo no económico; y a ese epicentro confluyen unos hilos o radios que son las relaciones jurídicas. Ahora, de esa gran esfera extractamos todas las relaciones jurídicas de contenido económico, y en sí tendremos el patrimonio: por ello, la idea o la noción de patrimonio atañe el campo del objeto, a una pluralidad material y en el campo del sujeto a una unidad ideal. Y estos dos aspectos, el objetivo y el subjetivo de la esfera jurídica y especialmente del patrimonio, no se encuentran en contradicción sino que por el contrario se complementan.

El error de la tesis clásica y del patrimonio afectación, radica precisamente, en desconocer que los aspectos objetivos y subjetivos se complementan, desconocen esta circunstancia. La escuela clásica hace girar la concepción de esta universalidad jurídica en el sujeto de Derecho, y le da entonces, el calificativo de atributo de la personalidad haciendo abstracción del elemento objetivo del patrimonio. La escuela del patrimonio afectación, por el contrario, hace prevalecer el elemento objetivo dentro de la noción del patrimonio y llega a excluir del mismo, al elemento subjetivo; recordemos cuando dicen que se concibe la existencia de un patrimonio, de un conjunto de bienes, de derechos y obligaciones, sin un sujeto que lo determine.

Aclarando la tesis que exponemos, podemos afirmar que el sujeto entra a actuar en el mundo jurídico y se sabe que la norma jurídica es un imperativo hipotético que supone la actuación que es la que se realiza a través de los hechos jurídicos; entonces, el sujeto de derecho, a través de los hechos jurídicos, actúa y al actuar está generando relaciones jurídicas. Estas relaciones jurídicas son de Derecho Público, de Derecho Privado, de contenido económico y no económico: es éste el gran conjunto de las actuaciones del hombre, quien es el epicentro de las relaciones jurídicas, sujeto de las relaciones jurídicas o sujeto de derecho.

Termina Doménico Barbero con las siguientes conclusiones, dadas con la afirmación categórica de que los elementos objetivo y subjetivo del patrimonio se complementan:

a. No se concibe la existencia de un patrimonio si no hay un sujeto en cuya cabeza radique o esté ese patrimonio.

b. Tampoco existe patrimonio si no hay relaciones jurídicas de contenido económico.

Siempre habrá una relación sujeto-objeto cuando como en el caso de la herencia yacente tenemos un conjunto de bienes o de relaciones jurídicas que no tienen un sujeto, entonces, no se puede afirmar que no existe el patrimonio. (Cuello Iriarte, Gustavo, *Conferencias*, Pontificia U. Javeriana, Facultad de Derecho y Ciencias Socio-económicas, 1975).

Patrimonio, también denominada Patrimonio Afectación, cuyos autores son los alemanes Brinz y Bekker; teoría que, al menos en nuestro derecho positivo, no tiene ninguna validez (a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil alemán en donde se acepta la existencia de patrimonio sin sujeto).

Y decimos que no es válida en nuestro derecho positivo porque aun cuando el Código Civil y aún el Código de Comercio, que es el que nos interesa para el caso de la Fiducia Mercantil, aceptan que el beneficiario pueda no existir en el momento de la constitución de la fiducia, sí exigen que tenga que existir, porque esa es, precisamente, una de las causas para que la fiducia se dé por resuelta.

Ha sido vivamente criticada porque el patrimonio, —lo aceptan todas las teorías, tanto la subjetiva como la intermedia y la objetiva—, resulta ser un conjunto de relaciones jurídicas (o de bienes, al decir de algunos autores), de contenido económico; y para que existan las relaciones jurídicas es necesario que haya un sujeto que ponga en funcionamiento la norma jurídica (punto que desarrollaremos más adelante), porque la relación jurídica supone un sujeto, un ente capaz de desempeñar un papel en la vida jurídica y a través del cual van a girar esas relaciones jurídicas. Y es que, es concebible aceptar la existencia de un conjunto de bienes, de derechos de obligaciones sin un sujeto que los determine, sin un titular.

Es importante resaltar de esta teoría, al igual que de la teoría Objetiva del Patrimonio, el hecho de que no concibe la existencia de una fiducia (de un patrimonio) si no hay un conjunto de bienes, de relaciones jurídicas contenido económico.

3.2.4. EL FIDEICOMISO COMO UNA TRANSMISION DE DERECHO DE LOS QUE ES TITULAR EL FIDUCIARIO (México)

3.2.4.1 Exposición:

Otra corriente importante en la doctrina es la que trata de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso como una transmisión de derechos que tiene lugar del fideicomitente al fiduciario.

Como principal exponente de esta teoría, tenemos a Jorge Serrano Trasviña³⁰, autor mexicano, a quien adhiere su compatriota Joaquín Rodríguez Rodríguez³¹, salvo que, conforme al parecer de este último autor, el fideicomiso también puede ser contemplado como negocio fiduciario y como operación bancaria, posturas éstas que posteriormente analizaremos y comentaremos.

Serrano Trasviña³² basándose en la regulación de la Ley General de Títulos

³⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., pág. 157.

³¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, IV Edición, Editorial Porrúa, México, 1960, págs. 122 y ss.

³² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., pág. 157.

Operaciones de Crédito, LTOC’, de México y principalmente en lo preceptuado por los Artículos 351 y 352 de ese ordenamiento, dice que “cabe afirmar que el fideicomiso supone un patrimonio de afectación, con destino cierto y determinado”, pero hace la salvedad de que tal patrimonio cuenta con titular.

Agrega, además, que de acuerdo con la misma Ley, Artículo 356, “la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que se establezcan al constituirse el mismo. El fiduciario estaría investido de todas las facultades que correspondan al propietario. *El fiduciario, en síntesis, aparece como tal, debe ser y es por tanto, titular de los derechos fideicometidos*”³³.

3.2.4.2 Crítica:

Aceptando que esta posición al depurar las anomalías de que son víctimas aquellos criterios cuyas pretensiones son hacer prevalecer la existencia del patrimonio sin titular, vemos claro que esta posición no basta por sí misma para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso.

La prueba más clara de ello radica en que sus mismos defensores tácitamente reconocen la insuficiencia de la misma, ya que acuden a otras tesis para tratar de explicar la naturaleza jurídica de la institución. Rodríguez Rodríguez, por ejemplo, como ya habíamos anotado, lo analiza desde varios ángulos: Como negocio indirecto y fiduciario, como régimen de propiedad y como operación bancaria.

3.2.5 EL FIDEICOMISO COMO UNA OPERACION BANCARIA (México)

3.2.5.1 Exposición:

Joaquín Rodríguez³⁴ además de considerar al fideicomiso como patrimonio de afectación (actitud ya comentada) y como negocio fiduciario e indirecto (materia de análisis posterior), lo hace también como operación bancaria, pues según apunta “*el fideicomiso solo puede ser practicado en México por instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito (Artículo 350 L. Tit. y Op.Cfr.)*”.

Después de hacer un análisis pormenorizado del Artículo 75 del Código de Comercio Mexicano, en conformidad con el Artículo lo. de la LTOC, afirma que “el fideicomiso, como operación bancaria y de crédito, es un acto de comercio”³⁵.

Por último, el autor en cita “advierte una duda sobre este particular en el sentido de si el fideicomiso es una operación de crédito pasiva o más bien un servicio

³³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., pág. 157.

³⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., pág. 158. Sobre el punto véase la obra, *Curso de Derecho Mercantil* de Joaquín Rodríguez Rodríguez, T. 11, pág. 122.

³⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, ob. cit., pág. 122.

bancario, decidiendo que la figura en cuestión encuadra mejor en el grupo de los servicios bancarios³⁶.

3.2.5.2 Crítica:

Creemos que este criterio no es suficiente para explicar la naturaleza jurídica de la Fiducia Mercantil, ya que solo contempla su aspecto formal, cual es el carácter de entidad bancaria que debe tener el fiduciario en el Derecho Mexicano.

Por lo demás, en Colombia, no solamente los bancos pueden manejar el negocio fiduciario, sino también todos aquellos establecimientos de créditos y sociedades fiduciarias autorizadas especialmente por la Superintendencia Bancaria (Artículo 1226, literal 3o. del Código de Comercio). Por tanto, es claro que esta posición, aún cuando no resulta equivocada, tampoco llena ni satisface en lo más mínimo, la necesidad de una explicación sobre la naturaleza jurídica de la fiducia en el sistema jurídico colombiano.

3.2.6 EL FIDEICOMISO COMO UNA ESPECIE DE NEGOCIO FIDUCIARIO (México)

3.2.6.1 Exposición:

Tiene como principales exponentes a Joaquín Rodríguez Rodríguez y a Rafael De Pina Vara³⁷.

El negocio fiduciario se fundamenta “en la fides o confianza de las partes que lo celebran” (tal como lo alcanzamos a demostrar en la parte histórica de nuestro estudio), y se diferencia de los llamados “*intuitu personae*” porque lo fundamental del negocio fiduciario es el elemento confianza, o sea, “el esencial, el básico, el definitivo”³⁸.

El negocio fiduciario se define como aquel “por medio del cual se efectúa una transmisión de propiedad, que no tiene como fin un incremento del patrimonio del adquirente, sino que constituye el presupuesto de un fin práctico determinado, aquel a que los bienes o derechos deben ser destinados”³⁹.

³⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., pág. 158.

³⁷ De Pina Vara, *Derecho Mercantil Mexicano*, Editorial Porrúa S.A. México, 1978, pág. 309.

³⁸ Barragán, Alfonso, ob. cit., pág. 120

³⁹ Pugliatti, citado por Domínguez Martínez Jorge Alfredo, ob. cit., pág. 763.

“Pero en el verdadero negocio fiduciario, el fiduciante lo juega todo a la pura confianza. Messina, en su monografía sobre los negocios fiduciarios, los caracteriza porque en ellos la confianza en la persona que recibe una atribución patrimonial (fiduciario), se considera como correctivo único de la heterogeneidad de los medios jurídicos empleados respecto a la finalidad económica. Dicho más claramente, la característica del negocio fiduciario reside en la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confía. Y esta potestad de abuso deriva de la transmisión al fiduciario de resortes jurídicos que éste puede utilizar o en interés del fiduciante —y esto es lo que debe hacer— o

Los tratadistas, especialmente mexicanos, definen el negocio fiduciario haciendo relevar los medios empleados por los celebrantes para alcanzar los fines perseguidos, por eso, por ejemplo, Joaquín Rodríguez Rodríguez⁴⁰ nos dice que los negocios fiduciarios se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo. “Para la consecución de un fin determinado, se elige una forma jurídica que permite más de lo que es necesario para la realización de aquel. Con otras palabras, el negocio fiduciario se caracteriza en que se elige por las partes una forma jurídica, los efectos de la cual exceden con conocimiento de las partes de los exigidos por el fin práctico que se persigue. Así por ejemplo, si para que una persona pueda cobrar una letra de cambio se le hace un endoso en propiedad, tendremos un negocio fiduciario, porque el endoso en propiedad de muchas más facultades que las que son estrictamente indispensables para el cobro del documento, para lo que bastaría un endoso en procuración. Si con objeto de darle una garantía a un acreedor, se inscribe a su nombre, en el registro, una casa, propiedad del deudor o de un tercero, tendremos otro negocio fiduciario, porque en virtud de la inscripción en el registro, el acreedor aparece como dueño del inmueble para todos los efectos legales, y no como titular de un simple derecho de garantía, aspecto que sólo se conserva en la relación entre el acreedor y el deudor”.

en interés propio —y esto es lo que no debe, pero puede hacer—. La esencia del negocio fiduciario está quizá en la contraposición entre el poder y el deber, entre el *können* y el *dürfen* len de los alemanes, en la limitación finalista, pero meramente obligacional de los poderes reales sustantivos del fiduciario.

Justamente para frenar los poderes con los deberes, el negocio fiduciario se muestra como un negocio complejo, como una combinación entre un negocio real de transmisión plena, unido a un negocio obligacional que tiende a moderar los efectos de aquella transmisión. Pero en este sistema binario cada uno de los dos negocios produce sus efectos propios independientemente del otro. Queremos decir que el efecto del negocio obligatorio no consiste en anular los efectos del negocio transmisivo ni en condicionarlos (al menos en la construcción romanista del negocio fiduciario), sino en imponer al fiduciario la obligación de reparar los daños causados por su conducta desleal, dejando intacta la validez de la transmisión real operada. Tal es la doctrina clásica sobre el negocio fiduciario magistralmente expuesta por Ferrare, siguiendo las huellas de Regelsberger. Según Ferrare, el negocio fiduciario es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y de efectos diferentes puestos recíprocamente en antítesis:

Un contrato real positivo (la transferencia de la propiedad o del crédito tiene lugar de un modo perfecto o irrevocable) y un contrato obligatorio negativo (obligación del fiduciario de hacer solo un cierto uso del derecho adquirido para restituirlo después al transmitente o a un tercero. Este segundo contrato tiende a reservar al fiduciante una cierta influencia sobre la cosa transmitida, por cuanto puede imponer al fiduciario utilizar su posición jurídica solo para ciertos fines y obligarle a la restitución del derecho del equivalente y, en caso de violación, al resarcimiento del daño. Pero esta influencia es sólo indirecta porque el convenio negativo no roza la eficacia real de la transferencia, no la limita ni la subordina, sino que intenta la reparación indirecta por vía de obligación personal del fiduciario. Los dos negocios —real y obligatorio— corren entre sí paralelos y permanecen en cierto modo independientes, si bien asegundo ejerce una cierta coacción para no abusar de la eficacia del primero. De esta construcción deriva la característica que la doctrina dominante atribuye al negocio fiduciario, es, a saber, la interna desarmonía entre el fin que proponen las partes (simple garantía o conservación de la cosa o del derecho) y el medio jurídico empleado (transmisión de la propiedad de la cosa o del derecho). Se provoca un efecto jurídico más fuerte para conseguir un fin económico más débil. Hay, en suma, una contradicción entre el fin y el medio empleado. (Garrigues, Joaquín, *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Editorial Civitas, S.A. I Edición, 1978, Madrid, págs. 19 a 21).

⁴⁰ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, ob. cit., pág. 119.

Por consiguiente, en los negocios fiduciarios se dan dos aspectos, uno real, “traslativo de dominio” con efectos frente a terceros; y otro interno de tipo obligatorio que limita las consecuencias jurídicas de la transmisión de la propiedad y que solo tiene fuerza entre las partes.

“El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, que no por eso deja de ser dominio, es decir, el fiduciario es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, lo que quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir, y que es dueño normalmente temporal. Todo el complejo de relaciones entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario es público y conocido por los terceros; en cuanto la ley no solo establece la publicidad del fideicomiso (arts. 352, 353 y 354), sino que prohíbe los fideicomisos secretos, que serán nulos (art. 359).

Hay que concluir como el fideicomiso es un negocio fiduciario, por cuanto se trata de *“un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio de realizar solo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan”*.

En resumen, puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso. Dicho de otro modo, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales, pero en provecho ajeno⁴¹.

3.2.6.2 Crítica:

Tal como lo anota el tratadista Rodolfo Batiza⁴², “la construcción doctrinal del negocio fiduciario, a pesar del atractivo intelectual que pueda tener, no siendo idónea para explicar la naturaleza jurídica del trust, tampoco lo es para explicar la del fideicomiso que, como aquél, es también una figura regulada por el derecho positivo. El fideicomiso, y aquí repetiremos lo que antes dijimos sobre el trust, tampoco representa una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, desde el momento en que no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en que el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obliga, en tanto que el segundo tiene eficacia interna entre las partes. Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros”.

3.2.7. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO INDIRECTO:

3.2.7.1 Exposición:

La teoría del negocio jurídico indirecto es de origen alemán; su creador es Kohler y

⁴¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, ob. cit., págs. 119 y 120.

⁴² Batiza, Rodolfo, ob, cit., pág. 133.

su principal exponente Tulio Ascarelli^{42bis}, para quien el negocio jurídico es aquel “en que las partes recurren a un negocio jurídico determinado, pero el último fin práctico que se proponen no es de hecho el que normalmente se actúa a través del negocio por ellos adoptado sino un fin diverso frecuentemente análogo al otro negocio, con mayor frecuencia carente de una determinada forma típica en determinado ordenamiento.

Existe pues, negocio indirecto porque las partes recurren a él para lograr a través del mismo, indirectamente, fines que son diversos de los que se podrían deducir de la estructura del negocio mismo⁴³.

No solamente es el fideicomiso un negocio fiduciario, sino que es también un negocio jurídico indirecto, en cuanto éstos se caracterizan por el empleo de un negocio para la realización de fines obtenidos normalmente por otro.

Los fines del fideicomiso (transmisión de bienes para fines de beneficencia, para pago de rentas, para garantía de obligaciones, para administración, etc.), podrían conseguirse mediante negocios reglamentados por la legislación positiva (compraventa, mandato, comisión, prestación de servicios, hipotecas, etc., máxime que a todos estos negocios pueden dárseles las más variadas estructuras, dada la libertad de contratación que es base de nuestro sistema jurídico privado). Por eso, podemos decir que el Fideicomiso es un negocio jurídico indirecto, en cuanto que la transmisión de dominio, que es su base, no persigue resultados propios de la misma, sino otros cuya determinación depende de la voluntad de las partes. La transmisión se quiere realmente, pero no por los efectos de ella, sino por los que las partes señalan los que podrían obtenerse mediante la utilización de otros negocios jurídicos⁴⁴.

3.2.7.2 Crítica:

Tal como lo anota el autor mexicano Jorge Alfredo Domínguez Martínez⁴⁵, “las mismas consideraciones que hicimos en relación con los puntos de vista que pretenden considerar el fideicomiso como operación bancaria y como transmisión de bienes de los que es titular la fiduciaria, pueden hacerse en relación con el fideicomiso como negocio indirecto, esto es, conceptuarlo en tales términos implica observar sólo uno de sus ángulos, el cual si bien es parte integrante de su naturaleza jurídica, no abarca a ésta en su totalidad”.

^{42bis} Para una ampliación del tema véase la obra de Tulio Ascarelli, *Saggi de diritto commerciale*, Millano, Dott. A. Giuffrè - Editore, 3ª edizione, 1955.

⁴³ Citado por Domínguez Martínez Jorge Alfredo, ob. cit., pág. 181.

⁴⁴ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, ob., cit., pág. 120.

⁴⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., pág. 184.

3.2.8. EL FIDEICOMISO COMO ACTO DE COMERCIO (Argentina)

3.2.8.1 Exposición:

Tesis defendida por Roberto Mantilla Molina y Rodolfo Batiza⁴⁶, quien dice “el fideicomiso fue adoptado en la legislación bancaria y en la de títulos y operaciones de crédito, no en el Código Civil, convirtiéndose automáticamente, en un acto de comercio (art. 75, frac. XIV del Código de la materia y art, lo., último párrafo, de la ley sustantiva)”⁴⁷.

3.2.8.2 Crítica:

Sin lugar a dudas, el fideicomiso (mercantil) es un acto de comercio. Pero esta conclusión no es suficiente para determinar su naturaleza jurídica.

3.2.9 EL FIDEICOMISO COMO ACTO UNILATERAL

3.2.9.1 Exposición

Tesis también sostenida por Joaquín Rodríguez Rodríguez⁴⁸, para quien “normalmente, el fideicomiso se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto inter vivos, o en su testamento.

En este caso, su declaración es obligatoria inmediatamente para el, puesto que no puede revocar el fideicomiso, si expresamente no se reservó esa facultad (art. 357, Cfr. VI), no puede modificarlos, si no es con el consentimiento del fideicomisario (art. 45 fr. IV, párrafo. 3o.) y produce efecto frente a terceros por su publicación (arts. 353 y 354), todo ello independientemente de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario que por o mismo no son manifestaciones de voluntad esenciales para integrar el negocio jurídico. La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica.

⁴⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, ob. cit., pág. 184.

⁴⁷ Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa S.A. México, 1974, págs. 56 y 60.

“Actos absolutamente mercantiles. Conforme al derecho mexicano son siempre comerciales, y, por tanto, quedan incluidos en la categoría de los actos absolutamente mercantiles: el reporto, el descuento de créditos en libros, la apertura de crédito, la cuenta corriente, la carta de crédito, el avío o crédito de habilitación, el crédito refaccionario, el fideicomiso, el contrato de seguro, los actos consignados en títulos de crédito, y el acto constitutivo de una sociedad mercantil”.

“El fideicomiso es un negocio jurídico mediante el cual una persona, el fideicomitente, entrega a otra, el fiduciario, ciertos bienes que destina a un fin lícito determinado, cuya realización encomienda al propio fiduciario; cuando el fin del fideicomiso redonda en beneficio de determinadas personas, tendrán estas el carácter de fideicomisarios. Esta institución inspirada en gran parte en el trust del derecho anglosajón, ha sido introducida en el derecho mejicano por las leyes mercantiles, y su absoluta mercantilidad resulta atento a lo dispuesto en el artículo lo., L TOC, de que la regulan los artículos 346 a 359 de esta ley”.

(Mantilla Molina, Roberto, ob. cit., págs. 56 y 60).

⁴⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, ob. cit., pág. 120.

3.2.9.2 Crítica:

Para Rodolfo Batiza⁴⁹, “la pretendida naturaleza de acto unilateral que se quiere dar el fideicomiso carece de base jurídica y la declaración correspondiente no pasa de ser una simple oferta o policitación, que puede tener carácter de irrevocable, modalidad que no altera en forma radical los principios del derecho común en la materia”.

No olvidemos que los actos o negocios jurídicos unipersonales, contra el principio general de que “nadie adquiere ni pierde un derecho contra su voluntad”, al producir derechos “en favor u obligaciones a cargo de su único agente necesariamente, llegarían a imponerle obligaciones y derechos correlativos respectivamente a personas que no han prestado su voluntad para adquirirlos”⁵⁰. Es

⁴⁹ Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág 132.

⁵⁰ Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen General de Las Obligaciones*, Editorial Temis, Bogotá, 1980, pág. 41.

La voluntad unilateral como fuente de obligaciones. El Código Civil reconoce, en ciertos y determinados casos, valor jurídico a la escueta declaración de voluntad de una persona, como sucede con el testamento, etc. Dichas declaraciones unilaterales de voluntad reciben el nombre de negocios jurídicos unilaterales. Debemos examinar si la sola declaración de voluntad de una persona tiene suficiente fuerza para crear a cargo de otra persona una deuda o un crédito; es decir, si el negocio jurídico unilateral puede ser fuente de obligaciones. A este respecto, el 1494 del Código Civil dice: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos y convenciones; ya da un hecho voluntario da la persona que se obliga”. Esta expresión no es lo suficientemente amplia, pues tan solo se reconoce a la voluntad de una persona la facultad de obligarse, siendo así, como lo veremos a continuación, que en ciertos casos el hecho voluntario de una persona puede crear en su favor un crédito, lo cual indica el establecimiento de una obligación a cargo de otra persona.

I. Principales obligaciones que nacen de negocios unilaterales. — Dentro de la legislación civil existen los siguientes casos principales de negocios jurídicos unilaterales, creadores de obligaciones:

1. La aceptación de la herencia (C.C., art. 1282 y ss.). — Quien acepte la herencia se convierte en deudor o acreedor de los créditos o deudas del causante. No cabe a este respecto la objeción de que en semejante hipótesis la obligación se había establecido y que con la aceptación se transmite mortis cause; es verdad que existía, pero el heredero no era deudor, ni acreedor, y esta calidad la adquiere mediante su declaración unilateral de aceptar.

2. La gestión de negocios ajenos o agencie oficiosa C. C., arts. 2304 y ss. Quien para evitar la destrucción de un bien de otra persona, o para acrecentar su valor, hace gastos, adquiere el derecho de exigir el reembolso de tales gastos (C.C., art. 2308). Aquí, sin lugar a duda, se otorga pleno valor al hecho voluntario de una persona para establecer una deuda a cargo de la persona beneficiada con las gestiones del agente oficioso. La solidaridad social, que día a día adquiere predominio sobre los instintos egoístas del individuo y sobre la idea de una absoluta independencia de los patrimonios particulares, adquiere gran importancia en los tiempos actuales. Qué doctrina o qué principios pueden esgrimirse para no reconocer un crédito frente al gasto que alguien hace para conducir a un hospital a una persona herida, evitando que muera? Por otra parte, el gestor de negocios ajenos contrae obligaciones, como realizar adecuadamente la gestión, so pena de comprometer su responsabilidad (C.C., arts. 2306 y ss.).

3. La revocación del mandato por parte del mandante o la renuncia por parte del mandatario (C.C., art. 2189).

4. La ratificación de los contratos celebrados por un tercero sin poder suficiente para obligar al dueño del bien o bienes de que se dispone. Así, la ratificación de la venta de cosa ajena crea obligaciones para el comprador y para el ratificante, como si entre ellos se hubiera celebrado el contrato (C. C., art. 1874), y sin la ratificación esas obligaciones no se hubieran establecido entre

el caso del testamento, que es un acto o negocio jurídico unilateral no recepticio. Y la ley acepta la constitución de la fiducia mercantil por testamento (Artículo 1228 del Código de Comercio).

ratificante y comprador. Lo mismo sucede con respecto a la ratificación de la permuta, del arrendamiento, o del aporte a una sociedad, que versen sobre cosas ajenas.

5. La declaración unilateral por la cual se establece una fundación o establecimiento de utilidad común.

6. El reconocimiento de hijos naturales, en que el reconocedor adquiere todos los derechos y obligaciones del padre y al hijo los de hijo.

7. Las promesas públicas de recompensa, es decir, la oferta de un premio por la ejecución de un hecho o por la provocación de un resultado.

II. Reglas aplicables a los negocios jurídicos unilaterales. En general, las mismas reglas expuestas sobre contratos se aplican a las obligaciones que emanan del negocio jurídico unilateral. La voluntad unilateral debe emanar de persona capaz, no adolecer de vicios, tener un contenido lícito, posible y determinado.

Algunos de los negocios jurídicos enunciados se examinan detenidamente en las partes especiales respectivas, así el negocio jurídico de aceptación de herencia, al tratar la materia de la sucesión por causa de muerte, - la gestión de negocios ajenos, al lado del contrato de mandato; etc.”

(Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil, De las Obligaciones*, T. III, Editorial Temis, Bogotá, 1960, pags. 184 a 186).

Capítulo IV

4. DIVERSAS CLASIFICACIONES

Atendiendo a muy diversos factores, podemos establecer una variada clasificación de la Fiducia Mercantil, así:

4.1 SEGUN LOS SUJETOS

4.1.1 El Constituyente

Tendríamos las siguiente clases:

- La constituida por una *persona natural*;
- La constituida por una *persona moral*, - en cuyo caso la finalidad del fideicomiso debe ser compatible con su objeto -, que a su vez puede ser:

Pública (si aceptamos que puede tener tal carácter en relación con sus bienes fiscales y en fideicomisos cuya finalidad se ajuste a la capacidad que les da la ley);

Privada (ya sean corporaciones con ánimo de lucro o sin él, o fundaciones, siempre teniendo en cuenta la limitante que afecta a todas las personas morales).

- La constituida a *título gratuito*, o sea, implicando una disminución patrimonial sin compensación alguna para el constituyente.
- La constituida a *título oneroso*, en donde la disminución patrimonial conlleva una ventaja para el constituyente.

4.1.2 Fiduciarios

Serían: Las de los *establecimientos de crédito* a través de su sección especializada - sección fiduciaria - (bancos oficiales, semioficiales, privados; corporaciones financieras; corporaciones de ahorro y vivienda; cajas de ahorros, etc.).

4.1.3 Beneficiarios

Se clasifican en:

- A favor de *personas naturales*, que pueden ser *capaces o incapaces*. En este último caso, la fiducia no tiene límite en su duración (Artículo 1230, numeral 3o. del Código de Comercio.)

- Al mismo tiempo el beneficiario puede no haber nacido y ser *nasciturus o concipiendus*.
- A favor de personas *morales*, en cualquiera de sus especies, siempre y cuando que la finalidad de la fiducia se ajuste al objeto de la personal moral. Hay que observar que, si se trata de una persona moral “de beneficencia pública utilidad común”, la fiducia tampoco tiene límite en su duración (Artículo 1230, numeral 3o. del Código de Comercio).
- A favor del propio constituyente. Y entonces tendremos un constituyente-beneficiario.
- A favor de un tercero.

4.2 SEGUN SU OBJETO

Atendiendo a la clasificación principal de los bienes, puede ser:

- Sobre *bienes incorporales* (derechos de autor, patentes de invención, marcos, modelos industriales).
- Sobre *bienes corporales* que, a su vez podrá ser:

Sobre *bienes inmuebles* (por naturaleza y por adherencia, no por destinación, por cuanto al producirse la transmisión de la propiedad, dejan de ser inmuebles por destinación), y

Sobre *bienes muebles* (por naturaleza, por anticipación y registrados).

4.3 SEGUN EL CONTENIDO

Teniendo en cuenta la mayor o menor amplitud concedida en la gestión al fiduciario, distinguimos entre:

Fiducia de simple administración, en donde hay una transmisión de la propiedad de los bienes a favor del fiduciario; pero éste debe retransmitir esos mismos bienes, a la terminación de la fiducia, a favor del beneficiario (sólo podrá recaer sobre bienes no consumibles).

Fiducia de excedente de la simple administración ordinaria, en la cual la transmisión de la propiedad de los bienes a favor del fiduciario se hace con el encargo de que los enajene, si no son dineros y en todo caso, para que los coloque y procure un rendimiento de los mismos. Es el llamado fideicomiso de inversión.

Tanto el fideicomiso de simple administración como el de excedente de la simple administración, pueden tener el carácter de *limitados* o de *libres*, según que el constituyente se hubiere reservado o no el ejercicio directo de algunos actos de

administración y/o disposición sobre el bien o bienes objeto de la fiducia.

4.4. SEGUN EL HECHO JURIDICO

Tendríamos:

- *Fiducia Testamentaria*, o sea, la constituida por un negocio jurídico por causa de muerte, siendo una de sus especies el fideicomiso de seguro de vida o accidente.
- *Fiducia contractual*, o sea, la que nace por un negocio jurídico intervivos.

4.5. SEGUN LA CLASE DE MODALIDAD

Según la modalidad a que esté sometida, la fiducia podría ser:

- *Fiducia sujeta a condición suspensiva o resolutoria* (que debe cumplirse dentro del término señalado por la ley y a las cuales resultan aplicables las reglamentaciones de las condiciones en general.
- *Fiducias sometidas a un plazo*, acompañado de la condición de la existencia del fideicomisario dentro del término de duración del fideicomiso. El plazo no puede ser superior a veinte años, salvo las excepciones ya comentadas.

4.6. SEGUN SU FINALIDAD

“Las variedades del fideicomiso son infinitas, pues sólo están condicionadas a la amplitud y a la flexibilidad de las leyes, a la inventiva humana, y a la densidad de las relaciones económico-jurídicas de toda sociedad¹.”

¹ Hernández, Octavio A., citado por Bauche Garciadiego, Mario, *Operaciones Bancarias*, Editorial Porrúa, México, 1978, pág. 361.

“Finalidades. Las finalidades del fideicomiso pueden ser todas las que sean imaginables como actividades jurídicas en los límites de la licitud y determinación a que se refiere el artículo 346 de la Ley de Título y Operaciones de Crédito. A modo de ejemplo, podemos citar las siguientes:

Constitución de garantías. El llamado fideicomiso de garantía no sólo existe en la práctica, sino que es un concepto legal (véase art. 36, Cfr. IV, L. Ins. Cfr). Consiste en la transmisión de bienes al fiduciario para que éste garantice con ellos el cumplimiento de las obligaciones de muy diversa naturaleza que asuma el fideicomitente. Así, un préstamo un crédito, una emisión de obligaciones, un usufructo, la administración de bienes, etc., pueden garantizarse mediante la entrega en fideicomiso de ciertos bienes;

Renta. La entrega de bienes en fideicomiso para asegurar con sus productos, o con su venta la educación de menores, el pago de pensiones alimenticias, el mantenimiento de inválidos, el pago de rentas por vida, etc., son frecuentes en la práctica comercial y bancaria, ya sea que los bienes entregados en fideicomiso deban restituirse al fideicomitente en determinadas condiciones, bien sea que les mismas pasen al fideicomisario o a otras personas al cabo del fideicomiso;

Beneficencia. La constitución del fideicomiso en favor de beneficiarios designados genéricamente o con simples fines de utilidad pública constituyen un campo amplísimo de esta institución como los que se establezcan en favor de los pobres, de un hospital de cierta clase de inválidos, de instituciones docentes. Excede de los límites de éstas notas la determinación de los casos en que tales fideicomisos caen bajo las prescripciones de la Ley sobre beneficencia privada”.

Por ejemplo.

Para asegurar la educación de menores;
Para asegurar la pensión alimenticia;
Para asegurar los gastos de hospitalización y curación de enfermos;
Para asegurar la utilización del beneficio de un seguro de vida; Para asegurar la inversión de las reservas de una sociedad o empresa;
Para asegurar el cumplimiento de los objetivos de una entidad de derecho público;
Para asegurar el cumplimiento de los objetivos de una entidad de beneficencia: Fundación o corporación, etc.,

La práctica y un tanto el desarrollo legislativo, especialmente en México y Venezuela², ha llevado a destacar tres especies de fideicomisos mercantiles: El de inversión, el de administración y el de garantía. A ellos nos referiremos someramente:

4.6.1 Fideicomiso de Inversión:

Que puede nacer de un testamento o de un contrato, y en donde el constituyente transmite al fiduciario un bien o un conjunto de bienes especificados (cualquiera que sea su clase y especialmente dinero), para que éste, a su vez los enajene (si no es dinero) y dedique el producido de los mismos en ciertas actividades que le puedan generar un llamativo rendimiento en provecho del beneficiario³.

(Rodríguez, Rodríguez, Joaquín. *Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 124 y 125)

² Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 143 y ss.

“Crítica. La clasificación tripartida expuesta carece de rigor sistemático por faltarle el elemento común subyacente que le dé unidad lógica. Por cuanto al llamado “fideicomiso de inversión”, es desde luego arbitraria restringir la denominación a los fideicomisos en que la inversión consiste en el otorgamiento de préstamos: con el mismo o mejor derecho debería aplicarse también a los fideicomisos cuya inversión se realiza en bonos, acciones de sociedades u otros valores, o en otra clase de bienes; más que de “fideicomiso de inversión”, debiera hablarse de “fideicomiso de administración”, puesto que la función del fiduciario estriba en manejar fondos que se le confían recurriendo para ello a una determinada inversión. En el llamado “fideicomiso de administración”, tratase de una actividad de carácter análogo, salvo por lo que atañe a la naturaleza de los bienes fideicomitidos, no habiendo por ello base para una distinción en categoría aparte. Con respecto al “fideicomiso de garantía”, el criterio de clasificación deriva del fin directo buscado, mismo que poco tiene que ver con el que presidió a las categorías anteriores.

En consecuencia, además de ser incompleta, falta a la clasificación un enfoque sistemático y uniforme, pues, por una parte se recurre a la aplicación particular dada al patrimonio en fideicomiso; por otra, a la función encomendada al fiduciario; y, por último, a la finalidad perseguida, lo cual refleja un criterio pragmático, pero no científico. La terminología de la clasificación, sin embargo, ha arraigado entre nosotros y no puede negarse que corresponde a variedades usuales del fideicomiso en la realidad bancaria, por lo que no parece haber inconveniente en conservarla, como una designación cómoda a situaciones conocidas en la práctica, pero nada más”.

(Batiza, Rodolfo, ob. cit., págs. 145 y 147).

El fideicomiso y su aplicación en Venezuela, Carrillo Roura, Oswaldo, publicado en la *Revista de la Federación Latinoamericana de Bancos*. Número 18, págs. 24 y ss.

³ “Por fideicomiso de inversión se entiende aquel que consiste en el encargo hecho por el fideicomitente a la fiduciaria de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto. Celébranse así dos o más contratos: en primer término el del fideicomiso y después, en su ejecución, el de o los

Y puede tratarse de un fideicomiso *limitado*, en el sentido de que el constituyente haya impuesto determinados límites a la gestión del fiduciario, como sería la inversión de ciertos bienes o actividades. O de un fideicomiso *libre*, en donde el fiduciario pueda ejercer su actividad “del modo que más convenientemente le parezca” (Artículo 1234, numeral 3o. del Código de Comercio).

4.6.2 Fideicomiso de Administración

Que también puede originarse en un testamento o en un contrato, por medio del cual el constituyente transmite al fiduciario la propiedad sobre un bien o conjunto de bienes especificados y no consumibles, para que ejercite todos los actos necesarios para “la conservación del patrimonio como valor capital”, sin llegar a implicar su modificación o alteración ⁴.

de mutuo. En el contrato de fideicomiso se consignan el nombre, la razón social o denominación de las partes: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario; la suma de dinero que constituye el fondo; el fin del fideicomiso, disponiéndose que consistirá en el otorgamiento de préstamos a interés, así como las demás cláusulas integrantes del contrato, tales como la irrevocabilidad del fideicomiso durante la vigencia del mutuo, la obligación del fiduciario de actuar como buen padre de familia, su responsabilidad por pérdidas y menoscabos del fondo causados por su culpa, el monto de sus honorarios a comisiones, la sumisión de las partes contratantes a los tribunales del lugar de la celebración del contrato, etc. En ejecución del fideicomiso se otorga el contrato de mutuo, que estipula el plazo del vencimiento, la tasa de interés, y en su caso, la forma en que se garantiza la devolución del préstamo”.

(Batiza, Rodolfo, ob. cit, pág. 144).

“El cliente de este fideicomiso entrega a la División o Departamento de Fideicomiso una cierta cantidad de fondos para que éste los invierta en valores que reúnan ciertas características, y para que los productos o rendimientos de esta inversión sean entregados al beneficiario nombrado por el propio fideicomitente de acuerdo a las instrucciones estipuladas en el contrato”.

(Carrillo, Roura, Oswaldo, ob. cit., pág. 25).

⁴ “Distintas razones pueden llevar a una persona a querer relevarse en un momento dado de la administración y manejo directo de sus bienes, su edad que no le permite dedicar las mismas energías a sus negocios, su dedicación a actividades de tipo filantrópico o político o sus frecuentes viajes, etc. Por consiguiente una forma muy interesante de utilizar los servicios fiduciarios consiste en transferir sus bienes a la entidad crediticia que le brinda no solo la seguridad de ser una institución seria y especializada sino estar sometida a rigurosos controles por parte del Estado. Su conocimiento del mundo financiero, y el mercado bursátil, el contar de ordinario con ejecutivos altamente calificados y sus vinculaciones con distintos sectores de la vida económica, le permiten administrarlos en condiciones inmejorables. Con las ventajas y prerrogativas que ya mencionamos al hablar del patrimonio autónomo, en el sentido de que se sustrae a una serie de vicisitudes relacionadas con la actividad del constituyente.”

(Rodríguez Azuero, Sergio, *Contratos Bancarios*, Editorial Jurídica Diké, Medellín, 1997, pág. 649).

“Por “fideicomiso de administración” se conoce aquel en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario para que se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción de juicios de desahucio o lanzamiento del pago de los diversos impuestos que gravan la propiedad raíz, etc., todo ello en interés del beneficiario”. (Batiza, Rodolfo, ob. cit., pág. 144).

También el fideicomiso de administración puede ser *libre o limitado*.

4.6.3 Fideicomiso de Garantía

Que sólo puede constituirse por contrato. “Constituye una de las posibilidades más interesantes de fideicomiso. Se presenta en todos aquellos supuestos en los cuales el deudor transfiere bienes a la entidad fiduciaria con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación principal para que en el evento de que no se satisfaga oportunamente proceda a venderlos y destinar su producido a la cancelación de la deuda. Por este aspecto presenta ventajas indudables en relación con las modalidades tradicionales de garantía, como la prenda y la hipoteca, por cuanto el acreedor no tiene que someterse a los procedimientos judiciales enderezados a rematar los bienes, sino que en cumplimiento de la orden recibida de su cliente el banco procede a venderlos o liquidarlos y a satisfacer la obligación. Con ventajas no solo para el acreedor, como podría pensarse, sino incluso para el deudor, pues lo que sucede en la práctica cuando debe rematarse una garantía es que las condiciones mínimas de la almoneda producen con no poca frecuencia que el bien sea rematado por valores muy inferiores a los comerciales, con lo cual se perjudican ambas partes y el deudor ve desaparecer la posibilidad de recibir el saldo.

Por consiguiente, la intervención de una entidad fiduciaria es una garantía para ambas partes porque utilizando un sistema ágil y expedito asegura la obtención de las mejores condiciones de precio y pago para los bienes en su poder.

La Superintendencia Bancaria, en concepto 0,1-416-21887, de Noviembre 4 de 1974 consideró que el fideicomiso de garantía no podía constituirse por cuando “pugna con claras normas que entendemos son fundamentales en el derecho privado nacional”. Conclusión que compartimos en toda su extensión en lo tocante al fideicomiso de garantía en donde el fiduciario (ya sea una de sus secciones) tenga a la vez la calidad de acreedor y, por consiguiente, de beneficiario de esa especie de fiducia mercantil; puesto que estarían violando, entre otras normas, el Artículo 1244 del Código de Comercio.

No estamos de acuerdo con ella en el caso de que el fiduciario no fuere acreedor y, consiguientemente, no tenga la calidad de beneficiario en la fiducia en comento. Los razones de nuestra discrepancia son las siguientes:

- No está violando la prohibición contenida en el Artículo 1244 del Código de Comercio.

Tal como entendemos el fideicomiso de garantía, por él mismo no le nace al acreedor un derecho real de dominio sobre los bienes objeto del mismo, es así que por la sola constitución de la fiducia mercantil, en cualquiera de sus especies, no le surge al fiduciario ningún derecho real, sino sólo un título para exigir el modo de la tradición, con lo cual sí aparecerá en su cabeza el dominio de los bienes objeto de la fiducia.

- Además, por el fideicomiso de garantía el acreedor, que es a la vez beneficiario en la fiducia, adquiere es el derecho a exigir al fiduciario la venta de los bienes objeto de la misma, para que, con su producto, se le cancelen las obligaciones o créditos a su favor y a cargo del constituyente.

4.6.4. Fideicomiso de Titularización

Esta figura fiduciaria consiste en dividir el valor de un bien inmueble u otros activos en varios títulos valores como si se tratase de las acciones de una empresa.

En esta medida ha alcanzado gran desarrollo en esta última década, toda vez que a través de ella se transforman activos en títulos valores que contienen ciertos derechos a favor de su titular.

La titularización se basa entonces en la creación de un patrimonio autónomo, al cual se le transfiere la propiedad de los activos que la generan, para que con base en esta propiedad emita y coloque títulos en el mercado de capitales.

Como contraprestación a los derechos transferidos, el patrimonio autónomo se obliga con la empresa transferente a entregarle los fondos obtenidos, mediante la colocación de los títulos y activos excedentes después de atender las obligaciones de los inversionistas.

En este orden de ideas, la fiducia de titularización es un instrumento jurídico y financiero, con el cual una persona propietaria de bienes de cualquier clase, los convierte en títulos negociables con los recursos disponibles en el mercado de valores.

Al respecto la doctrina⁵ sobre el particular ha sostenido:

“(...) la titularización consiste en un proceso de movilización de activos mediante la emisión de nuevos valores que representan partes alícuotas o beneficios de un activo titularizado, el cual es entregado en patrimonio autónomo (no en encargo fiduciario) a una sociedad fiduciaria.”

Adicionalmente el autor nacional Ernesto Rengifo García⁶, manifestó sobre la naturaleza de la titularización lo siguiente: “lo que la titularización significa es que hay una manera distinta de transformar activos, ya no a través del intermediario financiero, sino tomando el activo directamente, entregándolo a otro tipo de establecimiento, que ya no es un intermediario sino una fiduciaria y, transformar las características del activo convirtiéndolo en múltiples activos completamente diferentes que probablemente van a tener, a plazos mas largos o menores riesgos o mayor rentabilidad (...) básicamente no hay intermediación como tal sino un

⁵ Entre otros Ernesto Rengifo García, *La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág 152 y ss.

⁶ Rengifo García, Ernesto, ob, cit., pág 154.

proceso de transformación directa del activo”.

Lo anterior representa una ventaja considerable para el empresario, así mismo para el inversionista, pues existe un estímulo a la inversión, una ampliación del portafolio de inversiones, se diversifica el riesgo, etc.

Para Jaime Arrubla Paucar⁷ la titularización es un “sistema democratizador, al propiciar que todo tipo de inversionista, pequeño, mediano o grande pueda invertir en todo tipo de proyectos mediante determinada clase de títulos negociables”.

La figura de la titularización se enmarca en la Resolución No. 400 de mayo 22 de 1995 expedida por la superintendencia de valores, en donde se promueve el desarrollo y, se aclaran los procedimientos de esta figura, además de reglamentar las especies de movilización de activos inmobiliarios que puedan dar lugar a la inscripción de nuevos valores.

La creación de nuevos valores se hace mediante la conformación de patrimonios autónomos, con cargo a los cuales se emiten títulos de participación, de contenido crediticio o títulos mixtos, en donde el inversionista según el título, adquiere un derecho en el patrimonio autónomo, por ejemplo:

- a. Títulos corporativos o de participación: el inversionista adquiere un derecho o alícuota en el patrimonio conformado por los activos objeto de la movilización.
- b. Títulos de contenido crediticio: se incorpora el derecho a percibir la cancelación del capital y de los rendimientos financieros en los términos y condiciones señalados en el título. Sus bienes respaldan las obligaciones asumidas por el inversionista.
- c. Títulos mixtos: los derechos que confiere un título de participación, pueden ser amortizables, o tener una rentabilidad mínima o un límite máximo de participación.

Estos últimos títulos aparecen en la Resolución 400, más no los regula el Código de Comercio, sin embargo según se ha entendido por la doctrina⁸, esta clase de títulos son una derivación de los de participación con elementos tomados de los títulos de contenido crediticio.

4.6.4.1 Procedimiento de la Titularización

La titularización puede efectuarse mediante contratos de fiducia mercantil (no encargo fiduciario), por medio de la constitución de fondos de valores cerrados y el mecanismo de fondos comunes.

⁷ Arrubla Paucar, Jaime, *La Titularización de activos y sus instrumentos, en Nuevos enfoques del derecho comercial*, Medellín, Biblioteca Jurídica Díké y otros, 1995, pág 226 a 228.

⁸ Rengifo García, Ernesto, ob, cit., pág. 156.

Con el mecanismo de fondos comunes, los fideicomitentes, transfieren los bienes muebles o las sumas de dinero destinadas a la adquisición de bienes que harán parte del patrimonio autónomo.

Así entonces, la fiduciaria actuando en representación del patrimonio autónomo, emitirá los títulos movilizados, recaudará los fondos provenientes de la emisión y se vinculará con los inversionistas conforme a los derechos incorporados en los títulos.

Con el mecanismo de fondos de valores cerrados, estos son administrados por sociedades comisionistas de bolsa, en los cuales los activos objeto de movilización sólo pueden estar constituidos por títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

Los documentos emitidos con ocasión del proceso de titularización, tienen el carácter y las prerrogativas de los títulos valores (menciona el derecho que incorporan y contiene la firma de quien los crea), además de inscribirse en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

- Personas que intervienen en el proceso de titularización⁹:

En un proceso de titularización intervienen las siguientes partes: 1) *La originadora* que es la persona o personas que transfieren los bienes base del proceso de titularización. Pueden tener esa calidad las entidades financieras del exterior, al igual que entidades públicas y privadas extranjeras; 2) *El agente de manejo* que es quien, como representante del patrimonio autónomo emisor de los valores, recauda los recursos provenientes de la emisión y se relaciona jurídicamente con los inversionistas conforme a los derechos incorporados en los títulos; 3) *La administradora* que es la entidad encargada de la conservación, custodia y administración de los bienes o activos objeto de la titularización, así como del recaudo y transferencia al agente de los flujos provenientes de los activos. Puede tener esta calidad la originadora misma, el agente de manejo o una entidad diferente; 4) *La colocadora* que es la entidad que puede actuar como suscriptor profesional o *underwriter*¹⁰. La existencia de esta entidad no es esencial, toda vez que la emisión puede ser colocada directamente por el agente de manejo o celebrando al efecto un contrato de comisión (art. 1.3.3.1 Res. 400). Y por último, 5) *Los inversionistas* que, aunque no los menciona la norma que se refiere a *las partes en el proceso de titularización*; resultan indispensables en la medida en que es a ellos a quienes se dirige el proceso y quienes al adquirir los documentos que contienen los derechos devienen acreedores del patrimonio autónomo.

⁹ Rengifo García, Ernesto, ob. cit., pág. 158.

¹⁰ El contrato de “underwriting” es una modalidad de las operaciones que pueden realizar los comisionistas de bolsa que se constituyen como sociedades anónimas, de manera excepcional, cuando se requiera para dar liquidez, bajo previa autorización de la Comisión Nacional de Valores. (Arrubla Paucar, Jaime, *Contratos Mercantiles*, T. I, VIII edición, 1997, Biblioteca jurídica Diké, pág 435.)

4.6.4.2 Titularización Inmobiliaria

Esta figura tiene tres modalidades, a saber:

- a. Titularización de un inmueble: es la transferencia de un activo inmobiliario, con el propósito de efectuar su transformación en valores mobiliarios. El valor de la emisión no puede exceder del 110% del inmueble, de conformidad al artículo 1.3.5.1 de la Resolución No. 400 de 1995.
- b. Titularización de un proyecto de construcción: El patrimonio autónomo se encuentra constituido por un lote, y los diseños, estudios técnicos y de prefactibilidad económica, programación de la obra y presupuestos necesarios para adelantar la construcción del inmueble que contempla el proyecto inmobiliario objeto de la titularización.

“El inversionista es partícipe del proyecto en su conjunto, obteniendo una rentabilidad derivada de la valorización del inmueble, de la enajenación de unidades de construcción o, en general, del beneficio obtenido en el desarrollo del proyecto.”¹¹

- c. Titularización mediante fondos inmobiliarios: Así mismo, la titularización inmobiliaria se puede desarrollar mediante la creación de un fondo común especial en una fiduciaria con el fin de ofrecer en el mercado de valores las constancias o certificados de participación en el fondo. En este caso es necesario que la vinculación de los diferentes clientes al respectivo fondo se efectúe con la celebración de contratos de fiducia mercantil y no de encargo fiduciario¹².

Vistas, a manera de ejemplo, las anteriores formas se puede resumir que por lo que respecta al contrato de fiducia mercantil en el proceso de titularización, cuando a él se recurre, es clara la existencia de un acto de transferencia y la constitución de un patrimonio afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo. El fiduciario o agente de manejo actúa como aislante de activos y emisor de títulos valores provenientes de la titularización.

¹¹ Rengifo García, Ernesto, ob, cit., pág. 165.

¹² La Resolución 51 de 1991 del CONPES (Estatuto de Inversiones Extranjeras) en su artículo 80 establece las prohibiciones a la inversión proveniente del exterior. Esta norma fue modificada por el artículo 30 del Decreto 2012 de 1994 y por el artículo 1º del Decreto 2764 del mismo año. Este último artículo prohíbe toda inversión de capital exterior en documentos emitidos como resultado de procesos de titularización de inmuebles o de proyectos de construcción o a través de los fondos inmobiliarios que describe la Resolución 400 de 1995.

ESPECIES

DE

FIDUCIA

Según los Sujetos	Constituyentes	Persona Natural Persona Moral A título gratuito A título oneroso	Religiosa De derecho Privado	De derecho Público Con ánimo de lucro Sin ánimo de lucro
	Fiduciarios	Establecimientos Bancos de crédito Sociedades fiduciarias	Corporaciones Financieras Corporaciones de ahorro y vivienda Corporaciones de ahorro, etc	
	Beneficiarios	A favor de personas naturales	Capaces Incapaces Nasciturus Concipiendus	
Según su objeto	Bienes Incorporales	Derechos de autor Patentes de invención Marcas Modelos y dibujos industriales		
	Bienes Corporales	Inmuebles	Rurales Urbanos Por naturaleza Por adhesión	
	Muebles		Por naturaleza Por anticipación Registrados	
Según su contenido	De simple administración		Limitada	
	De excedentes de la simple administración		Libre	
Según el hecho jurídico	Testamentaria			
	Contractual			
Según Modalidad	Sujeta a condición	Suspensiva Resolutoria		
	Sujeta a un plazo			
Según su Finalidad		Fideicomiso de inversión, Administración, Garantía, Titularización Para asegurar la pensión alimenticia Para asegurar la utilización de un seguro de vida Para asegurar los gastos de hospitalización de enfermos Para asegurar la inversión del as reservas de una sociedad o empresa		

4.7 EXTINCION DE LA FIDUCIA MERCANTIL

Al tenor del Artículo 1240¹³ de nuestro Código de Comercio, la fiducia mercantil, puede extinguirse por las causales señaladas por el Artículo 822 del Código Civil¹⁴ y por las enumeradas en la norma inicialmente citada; a saber:

1. Por haberse realizado plenamente sus fines;
2. Por la imposibilidad absoluta de realizarlos;
3. Por expiración del plazo fijo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley; (C.C 1551)
4. Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido; (C.C 1536)
5. Por hacerse imposible o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo cumplimiento penda la existencia de la fiducia; (C.C 1536)
6. Por la muerte del fiduciante o beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción;
7. Por disolución de la entidad fiduciaria;
8. Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario.
9. Por la declaración de nulidad del acto constitutivo; (899, 900 C.C)
10. Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario sin perjuicio de los

¹³ El artículo 1240 del C de Co dispone lo siguiente: “Son causas de extinción del negocio fiduciario, además de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, las siguientes:

1. Por haberse realizado plenamente sus fines;
 2. Por la imposibilidad absoluta de realizarlos;
 3. Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley;
 4. Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido;
 5. Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia;
 6. Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción;
 7. Por disolución de la entidad fiduciaria;
 8. Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario;
 9. Por la declaración de nulidad del acto constitutivo;
 10. Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario,
- y
11. Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho.

¹⁴ Obsérvese que el Artículo 1240 del Código de Comercio remite directamente 822 del Código Civil, lo que viene constituir una excepción al orden jerárquico de las normas establecidos en los Artículos 2o., 3o. y 4o. del Estatuto Mercantil, y según los cuales los comerciantes y los asuntos mercantiles se rigen por las siguientes disposiciones.

- 1a. Por la ley comercial,
- 2a. Por la analogía (de las normas mercantiles),
- 3a. Por la costumbre mercantil,
- 4a. Por las estipulaciones contractuales;
- 5a. Por la ley civil.

Podría decirse que las normas civiles relativas a la propiedad fiduciaria vienen a complementar, siempre y cuando no se contraríe la especial naturaleza de la fiducia mercantil, la regulación contenida en el Código de Comercio. Para ello nos apoyamos en el Artículo 2º de la Ley 57 de 1887; el artículo 882 del Código de Comercio y el Artículo 1240 del mismo Código.

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

CONCLUSIONES:

Lo anterior nos permite decir:

- Que en el Derecho Romano la Fiducia surgió como un pacto accesorio inicialmente desprotegido por el derecho y con finalidades muy diversas, la mayoría de las veces para superar el excesivo rigor y formalismo del derecho romano primitivo.
- Que los pactos de Fiducia que el derecho aceptó, inicialmente fueron protegidos por el pretor y posteriormente por el Derecho Estricto.
- Que los pactos de Fiducia tuvieron como fundamento, el significado del vocablo, o sea, la confianza, la fe, la fidelidad.
- Que de todos los pactos de Fiducia estudiados, los únicos que han sobrevivido al Derecho Romano han sido la Fiducia "Cum Amico" y el Fideicomiso, y ellos constituyen el antecedente de la propiedad fiduciaria y, necesariamente, de la fiducia mercantil.
- El trust, con su antecedente el usus, al igual que en el caso del Derecho Romano, surge alejado del ordenamiento jurídico, con finalidades muy diversas, lícitas o ilícitas, siempre para menoscabar el excesivo rigor del Derecho. Anglosajón.
- El trust inicialmente, es protegido por la equity y posteriormente por el Common Law. -
- Al igual que en el Derecho Romano, el trust y su antecedente el usus, tiene como sustento la confianza, la fe y la fidelidad

Luego, podemos decir que actualmente en Colombia existen tres especies de fiducia, que son:

- La Propiedad Fiduciaria, regulada por nuestro Código Civil;
- La Fiducia Bancaria, de que trata la Ley 45 de 1923, Artículos 107 y siguientes, y
- La Fiducia Mercantil.

Llegamos a esta conclusión porque la Ley 45 de 1923 no derogó las normas pertinentes de la propiedad fiduciaria y del testamento fiduciario de nuestro Código Civil, (así entendamos que le hubiere limitado el carácter de fiduciario en las personas morales únicamente a los establecimientos bancarios, con secciones

fiduciarias) y el Código de Comercio tampoco derogó las disposiciones de la Ley 45 de 1923 por ser éste un reglamento de tipo especial.

“De suerte que la situación actual y aunque pueda sonar ridículo, aparece así: El derecho comercial es un derecho especial frente al derecho civil; la ley de bancos es un estatuto especial frente al Derecho Comercial; la ley de bancos es la norma general de las instituciones financieras; las instituciones financieras están reguladas por estatutos especiales frente a la ley de bancos y al Derecho Comercial”.

En estas tres especies de fideicomiso sigue rigiendo el concepto de que el fideicomiso, la fiducia supone confianza, fe, lealtad.

De todo lo anterior resulta que:

- La Fiducia Mercantil hace parte del *Derecho Objetivo* (positivo), ya que se encuentra inserta dentro de la “serie de regulaciones normativas preestablecidas por el ordenamiento estatal en su tendencia a lograr la convivencia ordenada de los individuos de un grupo social”.
- También es un *Derecho Subjetivo*, puesto que conlleva un poder o facultad de goce, cuyo ejercicio corresponde a la iniciativa de sus titulares y está protegido por el ordenamiento jurídico.
- Y como Derecho Subjetivo supone la existencia de una *relación jurídica* con:

Unos sujetos: Fideicomitente, Fiduciario y Beneficiario.

Un objeto: El bien o los bienes sobre los cuales recae el interés implicado en la relación y fundamento de la tutela jurídica.

Un contenido: Las actividades o comportamientos encaminados a la satisfacción del interés y que están previamente consignados en la ley o han sido establecidos en el acto constitutivo.

Un hecho jurídico, de tipo positivo (que podría ser negativo si la fiducia fuere condicional y el hecho de que la condición tuviera el carácter de tal), constitutivo, de adquisición a título derivativo y negocio jurídico.

Positivo: cuanto exige la ocurrencia de un acontecimiento.

Constitutivo, ya que crea la relación jurídica.

De adquisición a título derivativo, pues supone el traslado de la propiedad sobre un bien.

Negocio jurídico, puesto que la fenomeneidad, la voluntariedad y la intención son el fundamento de sus consecuencias jurídicas.

- Negocio jurídico de *Derecho Privado de índole patrimonial*: Está dirigido a la producción de consecuencias jurídicas de carácter patrimonial.
- Negocio jurídico típico o nominado, por estar particularmente reglamentado por la ley.
- Negocio jurídico que puede ser *entre vivos o por causa de muerte*, según que esté destinado a no tener efecto después de la muerte del constituyente.
- Negocio jurídico *real*, pues sólo se perfecciona cuando se ha producido la entrega calificada (tradición) del bien o los bienes objeto de la fiducia.
- Negocio jurídico de *eficacia real* y de *eficacia obligatoria*, ya que, una vez perfeccionado, su efecto es el traslado del derecho real de dominio o propiedad sobre los bienes objeto de la fiducia; y, además, genera una serie de relaciones de tipo obligatorio.
- Negocio *formal*, porque supone una formalidad: Si es entre vivos por escritura pública, y si es mortis causa por testamento.
- Negocio jurídico a *título gratuito* para el constituyente que no tenga a la vez el carácter de beneficiario, pues le supone una disminución de su patrimonio sin ninguna compensación. Será a *título oneroso* en el evento en que el constituyente fuera a la vez beneficiario.

Y como se trata de un acto o negocio jurídico típicamente mercantil, el fiduciario lo realiza con “la intención de obtener un provecho económico, una utilidad material susceptible de valorarse”.

- Negocio jurídico de *administración ordinaria* o de *excedente de la simple administración*, según que el constituyente haya impuesto al fiduciario la administración o la enajenación de los bienes objeto de la fiducia (Artículo 1226 del Código de Comercio).
- Negocio jurídico *unilateral*, en el caso de constituirse mortis causa, en donde la manifestación proviene de una sola parte, como es el *testamento*.
- Negocio jurídico *bilateral* siempre que se constituya intervivos, porque supone la manifestación de voluntad de dos partes, la formación de un consentimiento.
- Y de tipo *contractual*, porque se encamina a producir obligaciones.
- Y es un *contrato mercantil*, ya que tiene un contenido exclusivamente patrimonial y genera obligaciones mercantiles.

Contrato mercantil de tipo:

- *Bilateral*, pues surgen obligaciones para ambas partes contratantes.
- *Oneroso*, puesto que produce utilidades, beneficios para ambas partes contratantes.
- *Aleatorio*, ya que hay una contingencia incierta de ganancia o pérdida en partes contratantes: El constituyente desconoce el monto del beneficio y un corre el riesgo de que este no se produzca; el fiduciario devengará un porcentaje de acuerdo a la tarifa señalada por la Superintendencia Bancaria sobre el beneficio, el rendimiento que se produzca e, incluso con el albur de que no se genere dicho rendimiento.
- *Principal*, por cuanto es un contrato que genera o produce obligaciones principales y, además, subsiste por sí solo.
- *Real*: Para su perfeccionamiento exige que se produzca la entrega calificada de determinada tradición.

BIBLIOGRAFIA

AUTORES EXTRANJEROS

1. ALBADALEJO, Manuel. *La persona jurídica*, separata de la revista de Derecho Notarial, Barcelona, 1960.
2. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. *Derecho Civil Teoría de las Obligaciones*, Imprenta el Esfuerzo, Santiago de Chile.
3. ALESSANORI RODRIGUEZ, Arturo y Somarriva, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Tomo II, *de los sujetos y de los Objetos de Derecho, Personas y Bienes*, Editorial Nacimiento Santiago de Chile, 1940.
4. ARANGIO RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1973.
5. BARBERO, Doménico, *Derecho Privado*, Tomo 1, Trad: S. Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1962.
6. BATIZA, Rodolfo. *El Fideicomiso*, Tercera Edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1976.
7. BAUCHE GARCÍA DIEGO, Mario. *Operaciones Bancarias*, Editorial Porrúa S.A. México, 1978.
8. BIONDI, Biondo. *Los Bienes*, Trad: de la 2a. Edición Italiana por Antonio de la Esperanza Martínez Radio, Editorial Bosch Barcelona, 1961.
9. BONFANTE, PEDRO. *Instituciones de Derecho Romano*, Editorial Reus, Madrid, 1965.
10. CANDIAN Aurelio. *Instituciones de Derecho Privado*, Trad: de la 2a. Edición Italiana por Blanca de Caballerola, Edición en Español, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, México, 1961.
11. CARBONNIER Jean. *Derecho Civil*, Tomo 1, *Disciplina Gral. y Derecho de las Personas*, Trad: de la Edición Francesa con Notas de conversión al Derecho Español, Editorial Bosch, Barcelona, 1960.
12. CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado de las Personas*, Editorial Jurídica Chile, Vol. 1, 2a. Edición. Santiago de Chile, 1976.
13. CICU, Antonio. *El Testamento*, Trad: de Manuel Fairen Martínez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
14. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Temas de Derecho Civil*, Reimpresión de la Edición 2a. 1972. Madrid, 1976.
15. DE PINA VARA, Rafael. *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa S.A. México 1978.
16. DE PINA VARA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Bienes y Sucesiones*, 7a. Edición Editorial Porrúa S.A. México 1977.
17. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. *El Fideicomiso ante la Teoría Gral. del Negocio Jurídico*, la Edición Editorial Porrúa S.A. México 1972.
18. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, la.

- Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1973.
19. GARRIGUES DIAZ CAÑABATE, Joaquín. *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Editorial Civitas, S.A. 1a. reedición, Madrid 1978.
 20. GORLA, Gino. *El Contrato*, Trad: de José Ferradis Vilella, Tomo 1, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1959.
 21. GUASP, Jaime. *Derecho*, Gráficas Hergon. S. L. Madrid, 1971.
 22. KIJMMEROW, Gert. *Bienes y Derechos Reales Derecho Civil*, II, 2a. Edición Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1969.
 23. MACCHI, Luis. *Diccionario de la Lengua Latina*, 2a. Edición, Editorial Apis, Rosario Argentina, 1941.
 24. MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa S.A. México, 1974.
 25. MESSINEO, Francesco Manuel. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Trad: por S. Sentis Melendo, Tomo 1 y II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
 26. ORLIAC, Paul y DE MALAFOSSE J. *Derecho Romano y Francés Histórico*, T. II, Los Bienes, Traducción italiana por Francisco de Pels Maeker e Ivañez, Editorial Reus S.A, IV Edición, 1980.
 27. PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Nacional, México, 1975.
 28. PIRENNE, Jacques. *Historia Universal*, V.II, Editorial xito S.A, Barcelona, 1967.
 29. SCOGNAMILIO, Renato. *Teoría General del Contrato*, Trad: Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Reimpresión, 1991.
 30. VILLAGORDOA, José M. *Doctrina General del Fideicomiso*, Editorial Porrúa, México, 1976.

AUTORES NACIONALES

1. ARRUBLA PAUCAR, Jaime. *Contratos mercantiles*, T.I, VIII edición, Biblioteca jurídica Diké, Medellín, 1997.
2. ARRUBLA PAUCAR, Jaime. *La titularización de activos y sus instrumentos contractuales*, en *Nuevos enfoques del derecho comercial*, Biblioteca jurídica Diké, Medellín, 1995
3. BARRAGAN, Alfonso. *Derechos Reales*, Editorial Temis ,1971.
4. BONIVENTO, José Alejandro. *Los Principales Contratos Civiles*, Tomo I y II, Decimaprimer edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1995.
5. CARREJO, Simón. *Derecho Civil*. Tomo 1, *Introducción al Derecho Civil y Derecho De las Personas*, Editorial Temis, Bogotá, 1972.
6. CARREJO, Simón. *Derecho Civil Bienes - Derechos Reales*, Reimpresión Publicaciones U. Externado de Colombia, Bogotá, 1967.
7. CARREJO, Simón. *Derecho Civil Sucesiones y Donaciones* - Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1968.
8. CUELLO IRIARTE Gustavo. *Bienes, Apuntes de Clase*, 1973, Universidad Javeriana Bogotá.

9. GOMEZ, José J. *Derecho Civil Bienes - Derechos Reales*, reimpresión, publicaciones U. Externado de Colombia, Bogotá, 1968.
10. LARA MELENDEZ, Jaime. *La Fiducia en Colombia*, Bogotá, 1972.
11. ORTIZ MARQUEZ, Julio. *Comentarios a las Instituciones de Gayo*, Coedición de Ediciones Tercer Mundo y Universidad Libre de Colombia, 1968.
12. OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. *Curso de derecho Civil, de los actos o negocios jurídicos y de los contratos en general*, Editorial Temis, Bogotá, 1980,
13. PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. *La fiducia en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 1986.
14. RENGIFO GARCIA, Ernesto: *La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia*, Universidad Externado de Colombia.
15. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios: su significación en América Latina*, IV edición, Editorial ABC, 1990.
16. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. *La responsabilidad del Fiduciario*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1997.
17. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, T. I y II, IV edición, Editorial Porrúa, México, 1960.
18. TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de Obligaciones*, Teoría del acto jurídico y otras fuentes, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1994.
19. VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil, de las Obligaciones*, T. III, Editorial Temis, Bogotá, 1960.

AUTORES CORPORATIVOS.

1. CAMARA DE COMERCIO, BOGOTA, Revista No. 4o. Año lo. Septiembre de 1974, Editorial El Catolicismo, Bogotá, Temas:
 - a. MADRIÑAN DE LA TORRE RAMON E.: Régimen de la Capacidad en el Nuevo Código de Comercio.
 - b. VALENCIA ZEA, Arturo: De la Fiducia o Fideicomiso en el Nuevo Código de Comercio.
2. SUPERINTENDENCIA BANCARIA: Compilación de Circulares, 10 años, Bogotá, 1977.
3. SUPERINTENDENCIA BANCARIA: Carta Circular de Abril 2 de 1996. Tomo 32, Bogotá.
4. SUPERINTENDENCIA BANCARIA: Boletín de Normas. Bogotá, 1989 - 1999.

REVISTAS

1. DERECHO BANCARIO LATINOAMERICANO, en *Revista Felaban*, No. 40, Enero de 1981, Editorial Kelly, Bogotá, 1981
2. FEDERACION LATINOAMERICANA DE BANCOS, Revista No. 18, julio 1974. Editorial Kelly Bogotá, 1974.
3. FIDUCIA I PARTE, en *Integración Financiera*, Año 8. No.40, Diciembre de 1992, Bogotá, 1992.

4. FIDUCIA II PARTE, en *Integración Financiera*, Año 8, No. 41, Marzo de 1993, Bogotá, 1993.
5. LA FIDUCIA EN LATINOAMERICA, en *Clase Empresarial*. No. 28, Octubre de 1995. Legis Editores, Bogotá, 1995.

ENCICLOPEDIAS

1. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.

LEGISLACION NACIONAL

1. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 45 de 1990, "Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones". En Diario Oficial Año CXXVII.N. 39607.19, Diciembre,1990. Pág. 3.
2. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 57 de 1932, Reformatoria del a Ley 45 de 1923, "Sobre establecimientos bancarios y de las leyes orgánicas del Banco Agrícola Hipotecario y por la cual se crean la Caja de Crédito Agrario y la Caja Colombiana de Ahorros." En Diario Oficial N.21683. Mayo 7 de 1931.
3. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 45 de 1923, "Sobre establecimientos bancarios." En Diario Oficial. Año LIX.N. 19137 A 19139. 6, Agosto, 1923. Pág. 257.
4. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 51 de 1918, "Sobre establecimientos o sociedades de crédito". En Diario Oficial N.16550.
5. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Decreto Número 0663 de 1993. (Abril 2) "Por del cual se actualiza el estatuto orgánico del sistema financiero y se modifica su titulación y numeración". En Diario Oficial. Año CXXVIII. N. 40820, 5 Abril de 1993.
6. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Decreto Número 847 de 1993. (Mayo 7) "Por el cual se dictan normas en materia del ejercicio de la actividad de las sociedades fiduciarias". Año CXXIX. En Diario Oficial N.40864, Pág 2.
7. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Decreto Número 1026 de 1990 (17 de Mayo) "Por el cual se modifica el régimen de emisión de bonos y se derogan los Decretos 1998 de 1972 y 1914 de 1983". Año CXXVII. En Diario Oficial N. 39363, Pág 4.
8. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Decreto Número 1730 de 1974. "Por el cual se interviene en la actividad de la Caja Colombiana de Ahorros, de la Caja Social de Ahorros y de las Cajas y Secciones de Ahorros de los bancos comerciales". Año CIX. En Diario Oficial N.34163. Pág 573.
9. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Decreto Número 1994 de 1972. "Por el cual se señala el encaje de los depósitos de ahorro del Banco Popular". Año CIX. En Diario Oficial N.33742. Pág 692.
10. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Decreto Número1697 de 1960. "Por el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte". Año XCVII. En Diario Oficial N30303. Pág 413.

11. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Decreto Número 2369 de 1960. "Sobre corporaciones financieras". Año XCVII. En Diario Oficial N.30361.
12. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Decreto Número 30388 de 1968. "Por el cual se hacen unos traslados en el presupuesto de gastos para la vigencia fiscal de 1968, Ministerio de Justicia y rama jurisdiccional". En Diario Oficial N.32691. Pág 84.
13. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Decreto Número 1590 de 1972. "Por el cual se adoptan medidas para el incremento de los recursos de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y se dictan normas para el manejo, aprovechamiento e inversión de los fondos provenientes del ahorro privado". Año CIX. En Diario Oficial N.33710. Pág 131.

JURISPRUDENCIA

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil: Sentencia No. 089 de Septiembre 8 de 1995. Encargo Fiduciario o de Confianza. Magistrado Ponente, Nicolás Bechara Simancas.
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil: Sentencia de Mayo 7 de 1980. Propiedad Fiduciaria. Magistrado Ponente: José María Esguerra Samper.
3. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 14 de Junio de 1996. Expediente N° 7450. Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva.