

LA FIDUCIA LEGAL

Recibido: jul. 14 / 05

Aprobado: jul. 22 / 05

JUAN DAVID CASTILLO GARCÍA*

RESUMEN

El negocio fiduciario puede revestir dos modalidades, el encargo fiduciario y la fiducia mercantil. En el primero la fiduciaria obra como administrador de bienes ajenos, en el segundo se produce la transferencia plena al fiduciario del dominio de los bienes fideicomitidos, por lo que el fiduciario puede abusar de su posición administrando o enajenando los bienes arbitrariamente, lo que dará derecho al beneficiario a exigir la indemnización de perjuicios, pero no la anulabilidad de los actos de gestión arbitrarios. Los actos de gestión deben propender por la generación de utilidad, vista en concreto y no sólo como la generación de mayor valor económico. El fideicomiso o patrimonio autónomo, si bien no es sujeto de derechos puede tener interés para obrar en un proceso judicial, para lo cual la ley ha dotado a la fiduciaria que lo administra de una capacidad especial que le permite actuar en juicio cuando el resultado del proceso compromete los bienes que lo conforman.

Palabras clave: Negocios fiduciarios, fiduciario, fideicomiso, responsabilidad del fiduciario, propiedad del fiduciario, beneficiario, fideicomitente, proceso judicial, bienes fideicomitidos.

ABSTRACT

The business trust may have two modalities: the fiduciary administrative task and the trust. In the first, the trustee

functions as a foreign goods manager, the second produces the full transfer to the trustee of the ownership asset, thus the trustee can take advantage of his title, arbitrarily managing or entitling the goods. This would give the beneficiary the right to demand the damage reparations, but not the annulations of the manager's arbitrary procedures. The trustee proceeds must aim at generating utility, seen concretely and not only as a mayor monetary income. The trust or independent asset, even if it doesn't have rights, it may have an interest to intervene in legal procedures that concern it. For this matter, the law entitles the trustee a special faculty that allows him to go to Court when the legal procedure's result involves the assets in trust.

Key words: Business trusts, trustee, trust, liability for harms caused by trust assets, fiduciary ownership, beneficiary, settler, legal procedure, assets in trust.

INTRODUCCIÓN

Es indiscutible la utilidad del negocio fiduciario en la actividad mercantil. Cada vez más se acude en Colombia a la figura del fideicomiso o del encargo fiduciario como mecanismo para poner la administración de bienes en manos de una sociedad fiduciaria que los destine a una finalidad orientada.

Particularmente, la figura de la fiducia mercantil (por la cual el fiduciante o fideicomitente transfiere la propiedad de

un bien a la sociedad fiduciaria que conforma con dicho bien un patrimonio autónomo o de afectación), ha sido empleada para negocios de la más diversa índole: garantizar obligaciones financieras, amparar pasivos pensionales laborales de grandes empresas, administrar proyectos de construcción, administrar anticipos de contratos, controlar recursos en proyectos de infraestructura, administrar carteras y portafolios, gestionar la masa de bienes de una entidad en liquidación, emitir valores que se negocian en el Mercado Público de Valores, etc. En todos los anteriores, la sociedad fiduciaria cuenta con una discrecionalidad reglada y un abanico de opciones para obrar, que encuentran soporte a veces en la ley, a veces en el contrato de fiducia mercantil y a veces en su sano juicio o en el olfato desarrollado por la experiencia.

A continuación me referiré a algunos aspectos de la fiducia mercantil que estimo relevantes.

ALGUNAS CARACTERÍSTICAS MATERIALES DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

El negocio fiduciario es ante todo y en sentido genérico un negocio de encargo. Al igual que otros contratos, como el estimatorio o de consignación, el de preposición, el de agencia comercial o el de mandato, una persona se haya en la obligación de realizar actos de gestión por los cuales rendirá cuentas a otro.

De igual forma, por su naturaleza mercantil, tiene en común con estos contratos el ánimo de lucro que encauza la gestión encomendada.

El negocio fiduciario supone la participación de un fideicomitente que aporta los bienes que serán administrados y un beneficiario o fideicomisario, que será la persona a favor de quien se realiza la gestión. También supone la participación de una sociedad de servicios financieros, única persona dotada de capacidad jurídica para servir de fiduciario. Ésta se encarga de realizar la gestión y de cumplir con ella una finalidad. El beneficiario podrá ser o no el mismo fideicomitente.

La gestión debe recaer sobre bienes corporales o incorporeales. Es decir, no puede simplemente contratarse a una sociedad fiduciaria para que represente al fideicomitente en la celebración de un acto o para que asuma un comportamiento, porque sus actividades deben referirse, como ya se mencionó, a la administración de una cosa. En este sentido, dispone el artículo 1.226 del Código de Comercio, que: *"La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado*

beneficiario o fideicomisario".
(Subrayas fuera del texto).

El negocio fiduciario es un contrato consensual, del cual, una vez celebrado, nace para el fiduciante la obligación de entregar la cosa al fiduciario si dicha entrega no fue realizada al momento mismo en que manifestó su consentimiento.

Si dentro de las finalidades está la de conformar un patrimonio autónomo, la entrega de la cosa implica la de transferir el derecho de dominio de ésta a la sociedad fiduciaria. Si la finalidad no prevé la conformación de un patrimonio autónomo los bienes no saldrán del dominio del fideicomitente y sólo serán administrados por el fiduciario con las reglas que le fije el acto constitutivo del negocio, a título de Encargo fiduciario y con el régimen del contrato de mandato. En el primer caso, si los bienes son inmuebles, la transferencia deberá perfeccionarse por escritura pública.

El patrimonio autónomo o fideicomiso así constituido, será un conjunto de bienes que la fiduciaria administrará desde todo punto de vista, como distinto al propio y a los demás negocios fiduciarios que haya celebrado.

Dicha transferencia del derecho real de dominio, a título de fiducia mercantil, constituye la prueba de que estamos en presencia de un negocio de confianza,

porque genera para el fiduciario la posibilidad material de abusar de su función, disponiendo de los bienes de forma distinta a la prevista por la finalidad acordada, sin que el acto de disposición pueda ser controvertido. Así lo sostienen algunos doctrinantes, como el que a continuación se cita:

"En los negocios fiduciarios se produce la transmisión de la propiedad de los bienes fideicomitidos al fiduciario, quedando en cabeza del instituyente o del beneficiario, según el caso, sólo un derecho de tipo personal para exigir el cumplimiento de lo establecido en el pactum fiduciae. La potestad de abuso del fiduciario obedece a que éste se haya investido de la calidad de dueño de los bienes que le han sido atribuidos. El fiduciario puede, incluso, transmitir a terceros la titularidad de derechos reales sobre los bienes fideicomitidos, aún en violación del pactum fiduciae, siendo tales actos de transmisión válidos y eficaces. La responsabilidad por el abuso del fiduciario sólo se traduce en el resarcimiento de los perjuicios sobrevenidos al fiduciante o al fideicomisario, sin que éstos puedan reivindicar los bienes ilegítimamente enajenados" (JORGE, 1996: 19)¹.

Otros en cambio piensan que al fideicomiso –figura adoptada por legislaciones latinoamericanas– le es por

¹ De la misma opinión es (RODRÍGUEZ ROSADO, 1998).

completo ajeno el ingrediente de "confianza" por cuanto éste es propio sólo de la institución en sistemas donde el fiduciario tiene un derecho real regulado por el *common law*, mientras que el beneficiario lo tiene por la *equity*. En América Latina, heredera de la tradición jurídica europea, la posibilidad de accionar del beneficiario en contra del fiduciante, cuando éste se aparta de la finalidad estipulada, por grave que sea, no tiene fundamento el atentado contra la confianza depositada en el fiduciario, sino en la ley, porque es la ley la que le asigna una específica acción de responsabilidad que puede ejercer contra el fiduciario².

Manifiesta esta opinión el profesor Joaquín Garrigues, en una bellísima pieza de la literatura jurídica hispanoamericana, titulada "Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil":

"Sin dejar de reconocer que en algunos casos ofrece grandes ventajas, creemos que las legislaciones de tipo románico, elaboradas a lo largo de muchos siglos por una doctrina y una técnica muy depuradas, posee instituciones que resuelven, dentro de un sistema armónico, muchos de los problemas que la institución del "trust" se propuso resolver.

Pero no olvidemos –y ésta será la conclusión un tanto desconcertante de mi trabajo– que al acercarnos a la fiducia legal nos alejamos del negocio fiduciario. Por eso el "trust" anglosajón no es verdadero negocio fiduciario, dado que los derechos y obligaciones del transmitente (setlor) del accipiens (trustee) y del beneficiario (cestui que trust) están regulados por la ley. El "trust" es una relación fiduciaria porque se funda en la confianza. Pero no es un negocio fiduciario en el sentido técnico que hemos dado a esta expresión a lo largo de nuestro trabajo. No hay negocio fiduciario allí donde el abuso de la ajena confianza esté previsto y sancionado por la ley. Al convertirse el antiguo use en "trust" y al quedar éste reglamentado por las normas del Statute law (Trustee Act 1925), el "trust" ha dejado de ser un negocio fiduciario. Cuando nuestra confianza no descansa en la buena fe del otro, sino en la tutela de la ley la fiducia deja de ser fiducia en sentido técnico. La llamada fiducia legal encierra una contradicción en sus propios términos.

Por aquí se ve claro que si se reglamentase en nuestro país alguno de los tipos contractuales que en otros países sellaman fideicomisos bancarios, automáticamente

² De esta opinión son, entre otros (GAMES – ESPARZA, 1997) y (URRETS, 2002). También puede consultarse, a (ARESPACOHAGA, 2000).

perderían esos contratos el carácter de negocios fiduciarios. Y entonces volverán a surgir, una vez más, las condiciones históricas que dieron origen al negocio fiduciario, a saber, la necesidad de buscar combinaciones fuera de la ley para fines no previstos en los negocios jurídicos regulados por ella o para fines contrarios a la misma ley. Convertido el viejo negocio fiduciario en simple contrato de confianza, mudado en típico lo que antes era atípico, la antigua fiducia cum amico se vería forzada a refugiarse de nuevo en los negocios indirectos, que acampan en las márgenes de la ley. Y entonces serían estos negocios extralegales los únicos verdaderos negocios fiduciarios, los cuales tienden, por su propia naturaleza, al secreto y la clandestinidad" (GARRIGUES, 1991: 98).

Finalmente, importa agregar que el fideicomiso no constituye una persona jurídica, es sólo un patrimonio autónomo o de afectación que tiene por administrador a un sujeto determinado. Por ello la ficción de asimilar el fideicomiso a una sociedad no es útil sino sólo como ejercicio mental, y no tiene valor jurídico para efectos, por ejemplo, de examinar la independencia del patrimonio autónomo respecto del patrimonio del fideicomitente y del de la sociedad fiduciaria³.

EL FIDEICOMISO COMO PARTE EN EL PROCESO JUDICIAL

El 3 de agosto del año 2005 produjo la Corte Suprema de Justicia una importante sentencia que recoge conclusiones de tiempo atrás modeladas por la doctrina y por la jurisprudencia arbitral en torno a la calidad jurídica de LA FIDUCIA MERCANTIL, vista como una modalidad de los negocios fiduciarios.

La Corte determinó en la mencionada sentencia que el demandante, una sociedad que había celebrado un contrato de interventoría del proyecto inmobiliario—proyecto que fue el objeto de un fideicomiso— demandó erróneamente a la Sociedad Fiduciaria, toda vez que el contrato de interventoría fue celebrado con ésta pero cuando obraba como vocera de patrimonio autónomo y no fue celebrado directamente con la persona jurídica—sociedad fiduciaria.

Dijo la Corte que: *"...dentro de las diferentes teorías que se dan en torno a su naturaleza jurídica, el legislador patrio adhirió a la que trata la fiducia mercantil como constitutiva de un patrimonio autónomo afecto a una específica o determinada destinación, pues su fisonomía legal*

³ El Derecho Societario no puede emplearse ni aun para solucionar controversias entre los beneficiarios, cuando ellos son varios y funcionan a manera de "asamblea". Esto concluye el laudo del 6 de abril de 1999. Elvira Cortés y Mauricio Arévalo contra Fiduciaria Tequendama. Cámara de Comercio de Bogotá.

*y teleológica que inspira su presencia en el campo de los negocios no dejan margen de duda para considerarlo como tal; de otra manera no se explica que los bienes fideicomitidos sólo garanticen las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, que una vez son transferidos al fiduciario no se confunden con los propios de éste ni con los provenientes de otros negocios fiduciarios, ni que deben mantenerse separados tanto material y contablemente como desde el punto de vista jurídico*¹⁴.

En armonía con los principios y fundamentos que orientan todo nuestro derecho civil, en particular con el régimen del derecho de propiedad y con el régimen de formación de los actos jurídicos y sus efectos, de una parte el negocio fiduciario es un título legítimo para adquirir el derecho de dominio de un bien, y de otra, la figura del fideicomiso es un patrimonio de aquellos susceptibles de ser administrados por alguien simultáneamente y sin confundirse con el del administrador.

Habiendo en Colombia una sola expresión del derecho real de propiedad, la transferencia del dominio de los bienes que el fiduciante hace al fiduciario es una transferencia plena, que convierte a la sociedad fiduciaria en propietaria de los bienes fideicomitidos. La afectación de tal

transferencia a una finalidad específica no comporta una limitación al derecho de dominio adquirido por el fiduciario. Es decir que la disposición o administración de los bienes fideicomitidos por fuera de dicha finalidad o aún con propósito distinto, no es causa que invalide los actos realizados. Así, si el contrato de fiducia no previó la posibilidad de que el fiduciario vendiese o arrendase los bienes y a pesar de ello la fiduciaria celebra alguno de estos contratos, los mismos son válidos y eficaces a pesar de la limitación contractual.

El fenómeno se explica al apreciar que el contrato de fiducia produce el nacimiento de un derecho personal a favor del fiduciante o del fideicomisario, según el caso, que le permite a éste exigir el cumplimiento de la finalidad o el pago los perjuicios ocasionados por apartarse de ella. Concluir que un acto del fiduciario puede ser destruido a instancia del beneficiario sería suponer que los bienes fideicomitidos seguirían estando bajo la órbita del fideicomitente o que de alguno modo han seguido siendo parte de la prenda general de sus acreedores; o que el fiduciario tiene sólo una especie de derecho de propiedad confinada o restringida que el derecho civil y el sistema de *numeros clausus* de los derechos reales no prevén.

Volviendo a la sentencia mencionada, la Corte agregó: «...c) En términos semejantes se han expresado

¹⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, agosto 3 de 2005. Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos (exp. No. 1909) Hisslap Ltda. -vrs- Fiduciaria B.N.C.

doctrinantes nacionales, entre otros autores, cuando han dicho de manera general respecto de los patrimonios autónomos, lo siguiente: "existen ciertas entidades que sin ser personas jurídicas se ven vinculadas con el proceso; sus integrantes o gestores obran en éste por la calidad de que están revestidos y no en nombre propio aun cuando tampoco en nombre ajeno, precisamente porque la carencia de personería jurídica impide el concepto de representación, el cual implica necesariamente que se actúe en nombre de una persona natural o jurídica" (Hernando Morales, Curso de Derecho Procesal Civil, ABC, p. 218); y de manera específica en torno a la fiducia mercantil que "prevista en el artículo 1.226 del C. Co. se expresa procesalmente, bien como demandante o como demandado, por intermedio del fiduciario por disponerlo así la ley sustancial, para la protección y consecución de los fines del contrato (Gilberto Peña C., Aspectos sustanciales y procesales de la F. mercantil p. 41)"».

"7. En consecuencia, no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, sin perjuicio, claro está, de que eventualmente pueda ser demandado directamente por

situaciones en que se le syndique de haber incurrido en extralimitación, por culpa o dolo en detrimento de los bienes fideicomitados que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo".

Con los argumentos transcritos, la Corte no casó la sentencia del Tribunal y absolvió a la sociedad fiduciaria que había sido demandada por la firma interventora para que le pagase los honorarios debidos con ocasión del contrato de interventoría⁵.

Con esta conclusión de la Corte se aprecia que la relación fiduciario-fideicomiso, desde el punto de vista del Derecho Procesal, crea una expresión especial de la denominada Capacidad Procesal o capacidad para comparecer en juicio, así como de la Legitimación en la Causa.

El máximo tribunal en el pasado señaló que los elementos de la relación jurídico-procesal son la competencia en el juez de conocimiento, la demanda formalmente idónea, la capacidad del demandante y del demandado para ser partes y la capacidad de éstos para comparecer en juicio o capacidad procesal. Igualmente había indicado que los elementos necesarios para identificar la acción que ha de ejercitarse son: i) la

⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada arriba.

identificación del sujeto activo y del sujeto pasivo de la relación jurídica sustancial, ii) la identificación del título de la pretensión (*causa petendi*) y iii) la identificación del *petitum*; elementos que la Corte diferenció en su momento de aquellas condiciones necesarias para que la acción prospere, es decir, de la tutela de la acción por una norma sustancial, del interés para obrar y de la Legitimación en la Causa⁶.

En la obra del profesor Hernando Devis Echandía, se halla reordenada esta clasificación, en función de presupuestos más que de elementos integradores, así: i) Presupuestos procesales de la acción, de la demanda y del procedimiento; y ii) Presupuestos materiales o sustanciales de sentencia de fondo y de la sentencia favorable.

Así, la capacidad jurídica (*legitimatío ad procesum*) del demandante es un presupuesto procesal de la acción, y la capacidad y debida representación del demandado es un presupuesto procesal de la demanda. A su turno, la legitimación en la causa y el interés para obrar (este último denominado históricamente "personería sustantiva") se tienen por presupuestos materiales para que haya sentencia de fondo; y la existencia de la relación jurídica sustancial es una condición

de la sentencia favorable (DEVIS, 2000: 116).

Resulta importante en este punto decir que tiene legitimación en la causa "quien conforme a la ley sustancial, puede formular, o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda, por ser el sujeto pasivo o activo de la relación jurídica sustancial que deba ser objeto de la decisión, en el supuesto de que ella exista (o esté); o ser el sujeto activo o pasivo de una relación jurídica sustancial para intervenir en el proceso ya iniciado" (DEVIS, 2000: 231).

¿Es susceptible un fideicomiso de tener legitimación en la causa y contar con capacidad jurídica para incoar una acción o defenderse de ella?

Hay que concluir que, si bien el patrimonio autónomo es apto para tener la calidad de demandado o demandante, carece de capacidad para comparecer en juicio por sí solo, pues para ello la sociedad fiduciaria ha sido dotada de una personería especial que la faculta para hacerlo.

La presencia de la sociedad fiduciaria es en todo caso ineludible, puesto que,

⁶ Casaciones del 17 de agosto de 1893, G.J. LIX; 13 de julio de 1896, G.J. LXII; 29 de septiembre de 1917 G.J. XXVI; 20 de mayo de 1952, G.J. LXXII. En particular véanse las sentencias del 7 y 8 de octubre de 1970, magistrados ponentes Germán Giraldo Zuluaga y Ernesto Cediell Ángel, respectivamente, que recogiendo lo dicho de tiempo atrás por el tribunal de casación, concluyeron que son distintos los presupuestos procesales de la acción, los elementos definidores o constitutivos de la acción y las condiciones que ésta debe reunir para obtener su prosperidad.

para que el juez dicte sentencia (en un sentido o en otro), la acción debe estar direccionada contra aquella, so pena de faltar a uno de los presupuestos procesales de la acción y porque el fideicomiso no tiene capacidad jurídica, por sí mismo, para ser parte del proceso.

Por tanto, considero que el patrimonio autónomo *per se* es apto para tener Legitimación en la Causa, por activa y por pasiva, al igual que interés para obrar.

Al respecto concluye el profesor Gilberto Peña Castrillón:

"Los fideicomisos mercantiles están legitimados para intervenir procesalmente, bien como demandantes, demandados o terceros intervinientes porque la ley así lo determina expresamente y, en todo caso, porque resultaría un contrasentido que las normas sustanciales le impusiera al fiduciario unos deberes, o le otorgaran unos determinados derechos al mismo fiduciario o a las demás partes, y simultáneamente se pusiera en duda su habilidad procesal para los fines de aquellos 'derechos reconocidos por ley sustancial'. Por supuesto, estamos hablando en materia de fiducia mercantil, considerada dentro del marco estricto del artículo 1.226 del C. de Co., porque si de lo que se trata es de otro negocio jurídico encubierto o englobado en esta especie, probablemente el tema deba resolverse

de otra manera como cuando la sociedad fiduciaria, por ejemplo, actúa como simple mandataria con representación de su mandante o sin ésta.

No existe duda, pues, sobre la capacidad o legitimación del fiduciario para actuar en nombre o como vocero del patrimonio fideicomitado, y esta legitimación debe estudiarse como una especie del modo o forma como concurren al proceso los titulares, curadores o responsables de los denominados patrimonios autónomos, noción que pareciera tener claridad en derecho procesal que en derecho sustancial" (PEÑA, 1999: 190).

"...El derecho procesal ofrece una solución clara y práctica para determinar la capacidad, suficiencia o legitimación del fideicomiso mercantil, para que pueda expresarse procesalmente, esto es, para que pueda estar en juicio, independiente de una polémica sustancial que todavía no termina, como es la que se desarrolla alrededor de la necesidad, utilidad o conveniencia de dotar de personalidad jurídica a lo que en forma genérica y en alguna medida inexacta hemos venido denominando patrimonios autónomos, para referirnos a fondos o masas de bienes tales como los que conforman el establecimiento de comercio como medio expresivo de la empresa (artículos 25 y 515 del C. de

Co.) y los que adscriben al cumplimiento de la finalidad de un fideicomiso mercantil" (PEÑA, 1999: 191).

El inicio pues de un proceso, con ocasión de una prestación económica insatisfecha fruto de un contrato celebrado con un fideicomiso, deberá suponer que la demanda se dirija contra el patrimonio autónomo administrado por una sociedad fiduciaria determinada y no meramente contra la sociedad fiduciaria, o en otras palabras, el accionante deberá indicar en la demanda contra qué fideicomiso o patrimonio se dirige y cuál es la fiduciaria que lleva su personería.

No existe para el fideicomiso mercantil prohibición en el ordenamiento jurídico para ser objetivamente parte en cualquier negocio. El fideicomiso podrá ser comprador, permutante, acreedor o deudor hipotecario, factor, girador, consorciado, comisionista, nudo propietario, entre otros, e incluso fideicomitente y accionista⁷; calidades todas que lo vuelven sujeto de una relación jurídica sustancial. También, al aceptar que el fideicomiso puede ser parte de un contrato, se admite en consecuencia que el beneficio o pérdida económica producto del negocio recaea

exclusivamente sobre él, y por tanto el fideicomiso puede tener un motivo o causa privada que determine la necesidad de poner en funcionamiento el aparato judicial con miras a exigir el cumplimiento de obligaciones o la reparación de un daño, lo que conduce a reafirmar la susceptibilidad del patrimonio autónomo de tenerse por legitimado en la causa.

Es importante aclarar que lo dicho hasta aquí resulta plenamente aplicable a las obligaciones y los derechos, resultantes de hechos jurídicos, no sólo de los actos jurídicos, y por tanto con los elementos expuestos deben estructurarse las acciones de responsabilidad civil extracontractual.

No pasa desapercibido que el Código de Comercio determine que el ejercicio de la personería del fideicomiso no sea para el fiduciario una facultad sino una obligación. Esto significa que la sociedad fiduciaria no puede dejar de ejercerla, bien por activa cuando deba interponer acciones que pretendan el pago de obligaciones o el resarcimiento de daños, o bien por pasiva cuando deba salir en defensa de reclamaciones de otros.

⁷ Vale reiterar, que no existe impedimento objetivo jurídico alguno para que un fideicomiso pueda ser a su vez fideicomitente o fideicomisario de otro fideicomiso o de un encargo fiduciario. Igualmente podrá ser accionista de una sociedad de cualquier tipo, con la salvedad que ha hecho la Superintendencia de Sociedades, y que no comparto, en cuanto a que el fideicomiso puede adquirir participación en una sociedad -acciones o cuotas- cuando ésta ya ha sido creada, pero no puede ser parte en el acto constitutivo de la sociedad. Pueden verse al respecto los conceptos 220-000754 del 13 de enero de 2004 y 220-53163 del 20 de agosto de 2003 de la Superintendencia de Sociedades.

Si el efecto buscado con un contrato de fiducia mercantil es la conformación de un patrimonio autónomo bajo la tutela de una sociedad fiduciaria, no defenderlo constituye en últimas para ésta apartarse de la finalidad del negocio, además de constituir el incumplimiento de una obligación legal irrenunciable, incumplimiento del que será responsable ante el beneficiario por su mera inactividad.

EL BENEFICIARIO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Beneficiario en términos genéricos, es aquel que tiene derecho a recibir un "beneficio". Beneficio, jurídicamente, equivale a "derecho que compete a uno por ley o privilegio" (OSORIO, 1996: 123). Esta idea representa el tener derecho a algo por virtud de la ley, formal, material o contractual. El beneficio fiduciario corresponde, siguiendo el artículo 1.226 del Código de Comercio, al provecho o utilidad por el que propende el fiduciario cuando administra o enajena los bienes fideicomitidos. Es una calidad que se adquiere por virtud del contrato fiduciario, contrato que concede a quien la tiene, facultad para exigir una prestación del fiduciario. En otras palabras, el beneficiario es el acreedor del fiduciario respecto de las obligaciones que éste contrae por la celebración del negocio fiduciario, y el catálogo de sus derechos, así como el de las obligaciones del fiduciario correlativas a ellos, se hallan en la ley y en el contrato mismo.

Quiero decir con esto que el beneficiario fiduciario, aquella persona a favor de quien se cumple la finalidad del contrato fiduciario, tiene unos derechos de estirpe legal, porque el Código de Comercio se los otorga, y otros de estirpe contractual, que serán aquellos que las partes libremente convengan siempre que no sean contrarios a la ley. Tal vez el derecho más importante para quien reviste la calidad de beneficiario fiduciario es el primero de la lista de derechos del artículo 1.235 del Código de Comercio: "*Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas*".

Debe aclararse que la utilidad que debe perseguir el negocio fiduciario, para tener por satisfecha la finalidad del negocio, no se refiere sólo a lucro en términos cuantitativos, puesto que la utilidad bien puede ser la mejora de posición o de situación de los bienes fideicomitidos. Puede ser, por ejemplo, de mayor utilidad vender un bien al postor que ofrece un precio menor, en lugar de al que ofrece un precio mayor, cuando el primero pagará el precio en menor tiempo o con mejores garantías de pago u ofrece mayor solvencia o seguridad que el segundo. O simplemente puede ser "utilidad" el abstenerse de vender, porque las circunstancias que rodean la posible venta conducen a concluir que la venta en un momento concreto puede ser inconveniente o desventajosa en relación

con las condiciones de vender el mismo bien posteriormente.

El fiduciario tiene pues la carga de hacer que su gestión se encamine a producir una utilidad que redunde a favor del beneficiario. No hacerlo constituye para él violar la ley e incumplir el contrato, y exponerse a que el beneficiario haga efectiva en su contra la acción de responsabilidad del fiduciario. Ello explica que también la misma ley le permita obrar aun en contra de la voluntad del beneficiario cuando se trata de defender o proteger los bienes fideicomitidos. De esta forma la finalidad del negocio fiduciario va más allá de la que simplemente o de manera específica se exprese en el acto constitutivo.

Sobre el "objeto" de las declaraciones de voluntad, el Código Civil ofrece varias perspectivas. Una de ellas la señala el Artículo 1.517: *"Toda Declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer (...)".*

Constituirán para el caso en estudio las prestaciones de dar, hacer o no hacer, la forma en que se cumplen las obligaciones contraídas por virtud del contrato fiduciario, las cuales conforman el objeto del negocio fiduciario. Así, serán parte del objeto del contrato las actividades concretas que se encomiendan al fiduciario, como las de gestionar un activo, recibir y enajenar determinados bienes en determinadas

condiciones de tiempo y modo, desplegar ante terceros conductas específicas, etc.

En este orden de ideas, constituye una prestación de hacer, el procurar la generación de utilidad. Establecido como quedó anteriormente que en el negocio fiduciario se administran bienes por cuenta de terceros, la sociedad fiduciaria debe actuar orientada a generar "beneficio", de suerte que resultaría nula la estipulación que obligue al fiduciario a realizar actos de administración o de enajenación con detrimento de los bienes, incluso mediando instrucción previa, expresa y formal del beneficiario que lo autorice a ello, y aun mediando manifestación del beneficiario en el sentido de reconocer y aceptar el detrimento o desmejora que se provoca. Por ello, reitero, que el provecho de una operación mercantil desplegada por el fiduciario no puede ser apreciado objetivamente, deben revisarse para cada caso sus especiales circunstancias económicas y jurídicas, e incluso las razones de conveniencia, para establecer si un "acto de gestión" será o no provechoso o de utilidad.

Igualmente, para calificar si un acto de gestión es o no provechoso, debe atenderse a la calidad concreta del beneficiario, puesto que no es lo mismo, por ejemplo, tener por beneficiario a una entidad pública que a un comerciante particular, ya que el régimen de contratación difiere para cada uno en infinidad de aspectos contractuales; y no es lo mismo tener por beneficiario a

un establecimiento de crédito que a una sociedad cuya actividad pertenece al sector real. En la primera el servicio público de intermediación financiera y la vigilancia directa del Estado, la ponen en una situación de cumplimiento de regulaciones que no tiene la segunda. También es diferente, tener por beneficiario a una persona ciudadana colombiana que a una extranjera, etc.

En conclusión, la primera obligación del fiduciario es velar por que todos sus actos de gestión se orienten a sacar provecho o utilidad de los bienes fideicomitidos, vista ésta con la óptica que examina todas las condiciones que rodean la operación para evaluar en concreto si es o no provechosa o generadora de lucro. Y la prestación que contiene dicha obligación constituye el núcleo del objeto del contrato fiduciario.

La conducta de la sociedad fiduciaria, en contravía de esta obligación, la expone a las acciones de responsabilidad que pueda iniciar el beneficiario fiduciario, las cuales se dirigirán a que la sociedad fiduciaria responda patrimonialmente por los daños y perjuicios que su conducta, apartada de la finalidad de lucro, pudo causarle.

Para terminar, deben hacerse tres precisiones que importan para comprender el fenómeno.

En primer lugar, que la Doctrina y la Jurisprudencia colombiana han concluido que el "Beneficiario Fiduciario" es parte del contrato fiduciario, así su manifestación de voluntad no se exteriorice en el instante de la celebración del contrato o así el fideicomitente sea distinto de la persona que ostenta la calidad de beneficiario⁸.

En segundo lugar, que las acciones de las cuales es titular el beneficiario sólo pueden orientarse a la búsqueda de la reparación del daño, no a la anulabilidad de los actos celebrados por el fiduciario en contravía de la finalidad legal o contractual, en razón a lo comentado anteriormente sobre el modo pleno de transferencia del derecho del dominio del fideicomitente hacia el fiduciario. El alcance del numeral segundo del artículo 1.235⁹ se explica de la siguiente manera:

"De otro lado, si se toma en forma estricta la terminología del numeral 2o. del artículo 1.235, y se compagina con otras disposiciones del C. de C., hay que concluir que la expresión

⁸ Un resumen de las diferentes posiciones en torno a la calidad de parte o no del beneficiario, puede leerse en (MORALES, 2002).

⁹ "El beneficiario tendrá, además de los derechos que le concede el acto constitutivo y la ley, los siguientes: (...) 2º. Impugnar los actos anulables por el fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en que el beneficiario hubiera tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda".

"actos anulables" se refiere a los que surgen viciados de nulidad relativa los cuales, según el artículo 900 del estatuto comercial, son los celebrados por persona relativamente incapaz (caso que nunca se presentará en los fiduciarios colombianos pues ellos son plenamente capaces dentro de los límites de su objeto social), o aquellos actos que presentan el vicio de error, fuerza o dolo. Si ésta es la interpretación correcta (y no puede haber otra), la disposición simplemente tiene la virtualidad de modificar los supuestos de la acción de anulabilidad pues, según el artículo 900 citado, la acción sólo puede invocarse por la persona en cuyo favor se ha establecido o por sus herederos, quien normalmente sería el fiduciario, dentro de un término de dos años; en cambio, de conformidad con el numeral 2o. del artículo 1.235, la acción la puede invocar (también) el fideicomisario dentro de un plazo, no sólo mayor, sino contabilizado en forma diferente" (RENGIFO, 2001 366).

En tercer lugar, que en beneficiario no se convierte automáticamente cualquier destinatario de giros, pagos o entrega de bienes que realice la fiduciaria. Con frecuencia ocurre que el fiduciario, en desarrollo de sus funciones, dispone de dineros o de bienes cuyo receptor es un sujeto ajeno al contrato de fiducia. Es el caso de los pagos o giros que hace una sociedad fiduciaria para pagar a un contratista del patrimonio autónomo,

para cancelar una obligación amparada por el fideicomiso o cuya fuente de pago la constituye el producto de la operación fiduciaria. Beneficiario fiduciario es sólo aquel que el contrato fiduciario ha designado como tal, porque es en últimas el receptor del beneficio de la suma de gestiones a cargo del fiduciario. Sólo a éste puede dársele tratamiento de "acreedor" de la sociedad fiduciaria. Por lo mismo, sólo él puede exigir a la fiduciaria el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato fiduciario.

De ahí la importancia de determinar en el contrato fiduciario quién exactamente tiene la calidad de "beneficiario", de modo que no haya duda sobre los titulares de los derechos y de las acciones para hacerlos efectivos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARESPACOCCHAGA, Joaquín de. 2000. *El trust, la fiducia y figuras afines*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. 2000. *Compendio de derecho procesal – Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial ABC. Tomo I.
- DOMINGO AZNAR, Antonio. 1999. *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- GAMES, Luis María Fernando – ESPARZA, Gustavo Américo. 1997. *Fideicomiso y concurso*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín. 1991. *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*. Madrid: Editorial Civitas.
- HAYZUS, Jorge Roberto. 2004. *Fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- JORGE FUNES, Saturnino. 1996. *El fiduciario en la ley 24.441*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, Cuadernos de la Universidad Austral.
- KIPER, Claudio M. – LISOPRAWSKI, Silvio V. 2004. *Tratado del fideicomiso*. Buenos Aires: Lexis Nexis Depalma, 2ª edición.
- MALAGÓN, Jaime F. 2002. *Fideicomiso y concesión*. México: Editorial Porrúa.
- MORALES DE BARRIOS, María Cristina. 2002. "Partes y terceros en el proceso arbitral", en: *Revista jurisprudencia* No. 5: "Aspectos cruciales del arbitraje". Cámara de Comercio de Bogotá - Colegio de Abogados Comercialistas.
- OSORIO, Manuel. 1996. *Diccionario de las Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. 1999. "Aspectos procesales de la fiducia mercantil", en: *Revista jurisprudencia* No. 2: "Estudio de la Fiducia en Colombia". Cámara de Comercio de Bogotá - Colegio de Abogados Comercialistas.

RENGIFO, Ramiro. 2001. *La fiducia – legislación nacional y derecho comparado*. Medellín: Universidad EAFIT.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. 1998. *Fiducia y pacto de retro en garantía*. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

URRETS ZAVALIA, Pedro. 2002. *Responsabilidad civil del fiduciario*. Buenos Aires: Rubinzal-Cuzoni Editores, Colección Estudios de Derecho privado.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, agosto 3 de 2005. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos (exp. No. 1909) Hisslap Ltda. -vrs- Fiduciaria B.N.C.

Laudo de Tribunal de Arbitramento Privado, Cámara de Comercio de Bogotá. Abril 6 de 1999. Elvira Cortés y Mauricio Arévalo -vrs- Fiduciaria Tequendama.