

EL FIDUCIARIO EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL COLOMBIANA

FERNANDO ARIAS GARCIA

El derecho del fiduciario es un derecho de propiedad especialmente limitado (Cfr. RODRIGUEZ ACERO, Sergio. *Contratos Bancarios, Su significación en América Latina*. FELEBAN. 3 Ed. 1985. Págs. 636-637.); lo anterior según lo afirmado por el artículo 1233 del C. Co. Colombiano que determina que: “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”; insiste el artículo 1227 *ibidem*, que: “Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario...”. Manifestábamos pues, que una de las diferencias de la Fiducia Civil de la Mercantil, radica precisamente en el hecho de que en la primera, si no se cumple la condición en el término estipulado en la constitución de la fiducia, la propiedad se consolida en cabeza del propietario fiduciario. Estimamos igualmente dicente el artículo 1244 del C. Co. Colombiano que determina: “Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos”.

La Superintendencia Bancaria Colombiana en oficio N° OJ-479 de 25 de Septiembre de 1973 ha establecido la particularidad del tema, resaltando que con la fiducia mercantil nacen a la vida jurídica dos tipos de propiedades: Una de carácter formal que radica en el mismo fiduciario, pero que con todo, los bienes son protegibles en razón a que, a pesar de no formar parte de su Prenda General de Acreedores, la Sociedad Fiduciaria esta facultada para “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente” y en tal sentido podrá interponer acciones como la posesoria o la reivindicatoria y aún acciones administrativas. El recientemente expedido, Decreto 1049 de 2006, ratificó la formula anterior en su artículo 1: “En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia”.

Pero de otra parte, con la constitución de una Fiducia Mercantil, se establece una “Propiedad Beneficiosa”. (La Superintendencia Bancaria en Colombiana en Oficio N° OJ-479 de 25 de Septiembre de 1973 establece que esta característica es bastante extraña a nuestra tradición jurídica pero ya ha sido recogida positivamente y debe estudiarse mirando el instituto del “trust” anglosajón fuente importante de nuestro sistema fiduciario), que, como su nombre lo indica esta en cabeza del Beneficiario y que le faculta para: “1. Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas; 2. Impugnar los actos anulables por el fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en que el beneficiario hubiera tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda; 3. Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia o por obligaciones que no los afectan, en caso de que el fiduciario no lo hiciere, y 4. Pedir al Superintendente Bancario por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida

preventiva, el nombramiento de un administrador interino” de conformidad con el artículo 1235 del Código de Comercio Colombiano..

Manifiesta la Superintendencia Bancaria que: “En síntesis, el derecho de propiedad presenta una escisión: la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario (propiedad beneficiosa). La fiducia es un negocio jurídico típico bien distinto del mandato y por ello el fiduciario obra en nombre propio comprometiendo los bienes afectados sin que sus actos se puedan entender como realizados por cuenta de otro. Así la expresión "por cuenta de otro" no tiene asidero en la gestión fiduciaria porque ésta no implica un fenómeno representativo y está bien alejada de figuras como la estipulación para otros, la estipulación por otros, la gestión de negocios y el mandato" de conformidad con el artículo 1235 del Código de Comercio Colombiano.

Determina el artículo 1226 del C. Co. que “solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”. Con ello se busca dar seguridad y confianza a quienes constituyen esta clase de propiedad. La fortaleza y eficiencia de la Banca en el manejo de los negocios ajenos hará que la figura tome la importancia que tiene en el derecho Angloamericano y aun en el derecho latino, como el caso de México.

Es apenas natural que se ejerza por parte de la Superintendencia Financiera un estricto control en las actividades de las Fiduciarias, ya que, por una parte manejan recursos ajenos, pero no pueden llegar al extremo de convertirse en mera actividad de captación, labor propia de los establecimientos de crédito. Prueba de ello es que el modelo de contrato de fiducia, que lo es por adhesión -o para la prestación masiva del servicio-, debe ser aprobado previamente por la Superfinanciera, así como toda modificación o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los contratos, de conformidad con el artículo 146 del Estatuto Financiero.

De los deberes indelegables del fiduciario que enuncia el Artículo 1234 del C. Co. consideramos de especial entidad, los enunciado a continuación: 1o) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;... 3o) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca; ... 6o) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo; 7o) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y 8o) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.

Ello va muy de la mano con la especial naturaleza de la responsabilidad jurídica del fiduciario, ello, es, que a pesar que sus obligaciones son de medio y no de resultado, “el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión” de conformidad con el artículo 1243 del Código de Comercio Colombiano.

En relación a la responsabilidad, el profesor ARRUBLA PAUCAR señala que “... la fiduciaria, por tanto no es una aseguradora de bienes y por ello solo responde cuando ha dejado de cumplir con sus obligaciones” (ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Las Responsabilidad en el contrato de Fiducia. Ob. cit. Pág.: 77), lo que corrobora las obligaciones de medio del fiduciario y no de resultado, no obstante es un riesgo que admite que sean pactado expresamente por las partes en el contrato de fiducia. Ahora que, siguiendo al profesor ARRUBLA, es claro que determinados

negocios fiduciarios, como por ejemplo, las fiducias de administración de bienes, ordinariamente generan *per se*, obligaciones de resultado. El mismo profesor ARRUBLA manifiesta que en dicha determinación debe tenerse en cuenta que el tipo específico de obligación del fiduciario. “En las actividades de las fiduciarias en general, hay obligaciones complementarias que son claramente de resultado, y así se observan en el artículo 1234 del C. de Comercio, por ejemplo, la de mantener los bienes de la fiducia separados de los suyos, la transferencia de los bienes a la persona beneficiaria en sus momentos, las informaciones y rendiciones de cuentas, e.t.c.” (ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Las Responsabilidad en el contrato de Fiducia. En: *La aplicación práctica del derecho mercantil. Ob. cit. Ob. cit. Pág.:81*).

Debe tratarse con especial cuidado el tema de las obligaciones de resultado que la fiduciaria desea asumir *motu proprio*, con el fin de exceptuar los contratos de adhesión “modelo”, ya que por regla general los mismos están prohibidos por el artículo 29 del Decreto 663 de 1993, salvo en aquellos casos en que así lo prevea expresamente la ley.