

## LA LEY FRANCESA SOBRE FIDUCIA Y SU RELACIÓN CON LA FIDUCIA EN COLOMBIA\*

Sergio Rodríguez Azuero\*\*

*Para nadie es un secreto la gran influencia que ha tenido en nuestro ordenamiento el derecho francés. Muchas de las figuras del derecho romano han sido incorporadas a nuestra legislación a través de la interpretación francesa contenida en el Código de Napoleón de 1804. Dada esta conexidad, un estudio detenido de la evolución de aquel sistema puede ser de gran ayuda para explicar algunas de nuestras instituciones jurídicas y enfrentar sus problemas actuales.*

*En las siguientes páginas, el doctor Rodríguez Azuero nos traza cuidadosamente los vínculos existentes entre la novísima ley sobre la fiducia francesa y la existente en Colombia, profundamente emparentada con la del resto de nuestra región.*

\* El presente artículo resume la conferencia dictada por el autor el 7 de marzo de 2007 en la Universidad Panteón-Assas, Paris II, en el diplôme d'études approfondies en Derecho Privado que dirige el profesor Christian Larroumet; así como su disertación ofrecida en el marco del seminario realizado durante la tarde del mismo día, con el Senador Philippe Marini, autor de la ley bajo análisis, y los catedráticos de la referida universidad: Christian Larroumet y Pierre Crocq.

\*\* Doctor en Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá. Director y profesor del posgrado en Derecho Financiero en la misma universidad. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá, de la London Court of Arbitration y del Centro Internacional de Arbitraje Comercial British Colombia. Socio del estudio Rodríguez Azuero Abogados.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. La fiducia en el Derecho francés

Hasta el mes de febrero de 2007, la fiducia<sup>1</sup> –equivalente civil del *trust* anglosajón– no existía en el derecho positivo francés. De hecho, cuando el Código Civil fue redactado, la comisión nombrada por el Emperador trabajó sobre la compilación de Justiniano, la cual, lamentablemente, había sido tomada de los análisis y circunstancias históricas del período clásico del derecho romano, época en la cual la figura de la fiducia había prácticamente desaparecido. En consecuencia, y teniendo en cuenta además la natural repulsión que las llamadas sustituciones fideicomisarias y su utilización como base de los “mayorazgos” producían en el espíritu revolucionario, la expresión no aparece siquiera en el Código.

En los años recientes, en Francia, algunos proyectos que adoptaba dicha figura fracasaron. Los dos primeros en 1991 y 1992, presentados de seguro porque Francia fue suscriptora en 1985 de la Convención de la Haya sobre el *trust*. El último presentado al Senado como “Proposición de Ley” 178 de 2005<sup>1</sup>. Luego de cumplir los trámites de rigor la proposición fue aprobada por la Asamblea Nacional el 8 de febrero de 2007, tomando en su integridad el texto que había sido aprobado por el Senado. Es así como Francia tiene hoy una ley de fiducia: la Ley 2007-211.

### 1.2. Noción

Recordemos simplemente que, en su esquema más simple, la fiducia implica una relación triangular entre el constituyente que transfiere los bienes o derechos; el fiduciario, que los recibe y debe administrarlos para un fin determinado por el primero, y el beneficiario de dicha gestión.

Por consiguiente, la estructura del contrato privilegia una concepción teleológica, porque busca, primordialmente, la consecución de la finalidad señalada por el constituyente.

### 1.3. Contenido de la ley aprobada incluyendo referencias a la proposición 178 y a las modificaciones que se le introdujeron

La Proposición de Ley comprendía originalmente cinco capítulos que se conservaron, pero que sufrieron pequeñas modificaciones en el debate del Senado. Ellos se intitulan en la ley como sigue: Primer Capítulo: “Disposiciones Generales”; Segundo Capítulo: “Disposiciones relativas a la lucha contra el lavado de capitales”; Tercer Capítulo: “Disposiciones fiscales”; Cuarto Capítulo: “Disposiciones contables” y Quinto Capítulo: “Disposiciones comunes”. Cabe destacar desde ya, la forma integral y prácticamente exhaustiva bajo la cual el legislador francés acomete la consagración de la figura.

Nosotros nos limitaremos a hacer un paralelo, de una parte, entre el Primer Capítulo consagrado a las “Disposiciones Generales” (Libro Tercero del Código Civil intitulado “De las diferentes maneras de adquirir la propiedad”, en el cual el Título XIV se ha restablecido, en vez de haber agregado un Título XVI *bis*<sup>1</sup>, como se había previsto inicialmente en la Proposición de Ley), de una parte y la ley colombiana, es decir, los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio colombiano.

## 2. HISTORIA

### 2.1. La fiducia en el derecho romano

La fiducia encuentra sus raíces en el antiguo Derecho romano, probablemente dos siglos antes de Cristo, cuando las formas clásicas de la hipoteca y la prenda no existían todavía. Ello implicó dos posibilidades: la que nosotros llamaríamos hoy en día contractual, es decir, a partir de un acuerdo entre dos partes al menos, y la llamada testamentaria, que resulta, por definición, de una decisión unilateral.

#### 2.1.1. El *pactum fiduciae*

Utilizando la *mancipatio* o la *in jure cesio*, el *pactum fiduciae* ha conocido, a su turno, dos manifestaciones:

<sup>1</sup> Nota del editor: En el Perú, la fiducia es denominada fideicomiso.

<sup>1</sup> En Francia se diferencian los “Proyectos de Ley”, presentados por el Gobierno, de las “Proposiciones de Ley” que son presentadas mediante iniciativa parlamentaria.

<sup>11</sup> Nota del editor: Según el sistema legislativo de ciertos países, los artículos que se añaden a un cuerpo normativo, y que no modifican ni derogan otro, se añaden consignando el número más la palabra *bis* (ejemplo: artículo 303 *bis*), así como en la sistema legislativo peruano se utiliza el número junto a las primeras letras del alfabeto (ejemplo: artículo 303-A).

- a) El *pactum fiduciae cum amico*, de conformidad con el cual un constituyente transfería todo o parte de sus bienes a un amigo, solicitándole adquirirlos y administrarlos como señor y dueño pero en beneficio del mismo constituyente o de un tercero, como podía ocurrir, por ejemplo, cuando alguien salía para un largo viaje o se alistaba en las legiones para ir a la guerra. Era muy probable que le encomendase velar no sólo por sus bienes sino por el mantenimiento de su familia.
- b) El *pactum fiduciae cum creditore*, en virtud del cual un constituyente transfería todo o parte de sus bienes a un acreedor, para que los administrara como señor y dueño, y pudiera disponer de los mismos ante el eventual incumplimiento por parte del deudor en el pago de sus deudas.

En los dos casos, la transmisión de los bienes constituía al adquirente en pleno propietario de los mismos y suponía, por consiguiente, un alto grado de confianza de parte del constituyente, generándose una situación donde no es difícil entender que pudiera conducir a abusos por parte del amigo o del acreedor.

Conforme pasó el tiempo, diferentes medios fueron apareciendo para impedir los abusos o sancionarlos, en virtud de senados-consultos dictados en ese sentido o como consecuencia de decisiones tomadas por el *Pretor*.

### 2.1.2. El *fideicommissum*

Consistía, en realidad, en una disposición testamentaria en virtud de la cual el testador solicitaba al heredero administrar y explotar los bienes en beneficio de un tercero. Esta figura implicaba la utilización de un instrumento ingenioso para afrontar las numerosas hipótesis de inhabilidad o incapacidad consagradas en el derecho de sucesiones, que impedía que ciertas personas fueran legatarios, como podía ocurrir en el caso de no ciudadanos o de esclavos, aun si habían sido manumitidos.

## 2.2. El *trust* anglosajón<sup>2</sup>

### 2.2.1. Sus orígenes

Éstos se remontan al siglo XV, alrededor de los *uses*, encargos de confianza en virtud de los cuales

el constituyente transfería bienes a otra persona (nuestro fiduciario) solicitándole administrarlos en beneficio de un tercero. Según los historiadores, su utilización se incrementó, por diferentes razones, como la existencia de numerosas cargas impositivas establecidas por la Corona sobre la propiedad de la tierra. El instrumento de los *uses* fue igualmente utilizado cuando la "Ley de manos muertas" prohibió a las comunidades religiosas convertirse en propietarias de bienes inmuebles.

Para impedir su utilización, la Corona hizo aprobar el "Estatuto del *trust*". Pero, en vez de hacer desaparecer su utilización, dicha norma estimuló a los juristas y practicantes para estructurar diferentes figuras que, alejándose de las prohibiciones introducidas, condujeron a desarrollar la estructura del *trust*, tal como lo conocemos desde entonces y que ha adquirido durante ese lapso un vigor indiscutible.

Como en Roma, los abusos surgieron con el tiempo y los jueces encontraron muy difícil resolver los conflictos porque, según el *Common Law*, el *trustee* (equivalente al fiduciario) era considerado como el único y verdadero propietario, por lo que los terceros reclamantes se encontraban con decisiones de los jueces comunes que favorecían las decisiones de dicho *trustee* como propietario, por considerarlas parte de sus derechos dominicales. Para evitar el resultado inaceptable del abuso, el Canciller intervino para que el beneficiario (*cestui que trust*) fuese reconocido como una especie de propietario "en equidad". Eso condujo a reconocer un fenómeno extraño para los juristas de formación continental europea: la existencia de dos propietarios sobre un mismo bien: el *trustee*, propietario formal reconocido por el *Common Law* y un propietario beneficiario, reconocido por la *equity law* (los principios de equidad).

### 2.2.2. Sus diferentes formas y características

Ellas son numerosas. Se podrían clasificar según diferentes criterios, a saber: (i) según su origen, el *trust* puede ser voluntario o nacer en virtud de la ley; (ii) según el papel del fiduciario, puede ser simple o especial; (iii) según el interés implícito, puede ser público o privado; y (iv) según el interés económico implícito, puede ser a título gratuito u oneroso.

<sup>2</sup> Consultar con ventaja: BERAUDO, Jean-Paul. "Le trust anglo-saxon et le droit français". LGDJ: Paris. 1992.

La estructura del *trust* supone la existencia de un constituyente (*settlor*) que transfiere uno o más bienes a un *trustee*, en beneficio de un tercero (*cestui que trust*) o para conseguir una determinada finalidad. Los bienes entran a conformar un patrimonio independiente del que posee el *trustee* y no pueden ser perseguidos por sus acreedores ni por aquellos que tenga quien constituyó el *trust*.

### 2.3. Su influencia contemporánea en América Latina

Las tendencias legales de Inglaterra y Estados Unidos han influenciado naturalmente en las legislaciones de América Latina, región en la que se ha adoptado progresivamente la institución a partir de la ley mejicana de 1926.

La importancia de las inversiones norteamericanas en América Latina y el importante volumen de intercambios comerciales –todo en un contexto cada vez más globalizado– hacen que nuestros contratos en general, y no solamente los de fiducia, estén muy influenciados por la estructura y las técnicas anglosajonas. Pero, siendo que nuestros países han construido su Derecho privado sobre los principios del Derecho francés, es decir, que hacen parte del bloque de países llamados del Derecho Civil, estamos obligados a actuar en una especie de laboratorio de síntesis y ensayar diferentes soluciones que, a veces, conducen a fórmulas eclécticas pero muy eficaces.

Desde el punto de vista jurídico, habría que agregar que, en los diferentes países y en el contexto de los debates realizados por especialistas así como por todos aquellos que están relacionados, todos los grandes problemas del Derecho Civil han sido objeto de debates, tales como el reconocimiento de patrimonios autónomos o de afectación o, al menos, patrimonios especiales; el *numerus clausus* de los derechos reales; la protección de los acreedores; el régimen de bienes en caso de quiebra del fiduciario; los derechos de los herederos forzosos que han sido resueltos de diferentes maneras, pero, en todo caso, en forma clara respecto a la consagración de soluciones en las leyes respectivas.

Y, sobre la base de las definiciones jurídicas adoptadas, las actividades han sido desarrolladas con gran creatividad y en forma muy elástica.

## 3. LA FIDUCIA EN COLOMBIA

### 3.1. La propiedad fiduciaria del Código Civil

El Código Civil colombiano está tomado del Código Civil francés, preparado a través de los

trabajos del más grande jurista latinoamericano de su historia, el señor Andrés Bello, tutor del Libertador Simón Bolívar durante su infancia y un verdadero sabio que conocía igualmente bien tanto el Derecho romano cuanto el anglosajón, por haber vivido muchos años en Inglaterra.

Aunque la fiducia no figuraba en el Código Napoleón, como lo vimos, nuestro código ha introducido, en el Libro II llamado “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”, un Título VIII llamado “De las limitaciones del dominio y primeramente de la propiedad fiduciaria”.

A partir de su definición, la propiedad se llama así porque supone la carga de transferir el bien a otra persona, al cumplirse una condición (artículo 794 del Código Civil). Por consiguiente, y contrariamente a la fiducia que podríamos llamar comercial, el propietario fiduciario puede convertirse en pleno propietario si, por ejemplo, la condición no se realiza o se vuelve imposible.

Pero esta figura, recordémoslo, jamás se introdujo en el Código francés.

### 3.2. Los encargos de confianza

Bajo la influencia directa de la Ley de Bancos del Estado de Nueva York, nuestra legislación ha dado facultades a los bancos comerciales para que puedan actuar como agentes de confianza de sus clientes y realizar un gran número de actividades, que podríamos llamar de apoyo a los jueces y tribunales (ser depositarios de bienes, ser registradores de títulos, tutores, etcétera) y administradores de fortunas.

El desarrollo de estas facultades ha sido relativamente modesto, pero las “secciones fiduciarias” o “de confianza” en otros países, que también recibieron la misma influencia (Chile, Bolivia, Ecuador y Perú) implicaron durante las décadas del veinte y del treinta del siglo pasado, una aproximación evidente a las instituciones anglosajonas.

### 3.3. La fiducia comercial del Código de Comercio

La fiducia fue introducida como un contrato en el Código de Comercio de Colombia en 1971 y, a partir de ese momento, ha conocido un éxito extraordinario. Nosotros se lo hemos atribuido a las circunstancias siguientes:

- a) El legislador logró consagrar una noción precisa al tipificar un contrato cuyos

elementos esenciales y su manera de funcionar permiten aportar numerosas respuestas satisfactorias a las necesidades de los comerciantes.

- b) La figura introdujo la noción de “patrimonio autónomo” o especial, es decir, reconoce un patrimonio de afectación cuyo titular jurídico o vocero es el fiduciario y que se conserva por fuera de su propio patrimonio. Éste escapa, como consecuencia, a los ataques de los acreedores del fiduciario y se encuentra excluido de la masa del concurso, la liquidación o la quiebra de este último, de ser el caso. Se convierte así en una excepción destacada frente al principio de la indivisibilidad y la unidad del patrimonio, tan cara a la tradición francesa.
- c) Su consagración se ha hecho como un contrato comercial y no civil. Aun si las diferencias pueden parecer poco importantes en la actualidad, los contratos comerciales son naturalmente remunerados y exigen a quienes prestan sus servicios de una manera masiva, condiciones de profesionalismo que los contratantes civiles no tienen que cumplir.
- d) El contrato ha restringido la posibilidad de actuar como fiduciario a bancos o a sociedades de fiducia, de objeto especial y colocadas bajo el control y la vigilancia del Estado, a través de la Superintendencia Financiera.
- e) Todo ello condujo a desarrollar “productos” para los hombres de negocios que requieren estructuras creativas y elásticas para sus compromisos.

#### 4. PARALELO ENTRE LA LEY FRANCESA Y EL CONTRATO COMERCIAL COLOMBIANO<sup>3</sup>

##### 4.1. Noción

- 4.1.1. Se trata en ambos países de un nuevo tipo de contrato especial (artículo 2011). En

Colombia, la fiducia testamentaria es posible, mientras ello no puede concebirse en Francia, dado que sólo las personas sujetas al impuesto de sociedades pueden actuar como constituyentes.

- 4.1.2. La transferencia (de bienes, derechos y garantías) se hace a un patrimonio separado del patrimonio personal del fiduciario. Es entonces un patrimonio que podría calificarse de “afectación”<sup>4</sup>.
- 4.1.3. No se trata de la creación ni el reconocimiento de un nuevo derecho real. La doctrina, aceptada en general en América Latina, es que el beneficiario no tiene sino derechos personales contra el fiduciario.
- 4.1.4. La estructura del contrato está ligada a la obtención de la finalidad legítima consagrada en él.

##### 4.2. Participantes

- 4.2.1. El contrato se celebra entre el constituyente y el fiduciario. Los beneficiarios no tienen que ser parte del acuerdo. El derecho común de la estipulación por otro sería aplicable para entender su posición. Es lo que estaba previsto expresamente en la proposición de ley y, aunque desapareció del texto final, puede deducirse con facilidad del texto de la ley pues, por lo demás, no hubo ninguna modificación sobre el particular.
- 4.2.2. Como consecuencia de lo dicho, el constituyente puede revocar la fiducia antes de que el beneficiario acepte los derechos consagrados a su favor<sup>5</sup>.
- 4.2.3. Según la proposición de ley, el constituyente podía ser un persona física o una moral. La ley solo permitió que actuaran como constituyentes las personas morales sujetas al impuesto sobre las sociedades<sup>6</sup>. Esta solución limita, aparentemente por

<sup>3</sup> Los textos tomados de la ley francesa constituyen traducción libre del autor.

<sup>4</sup> “Artículo 2011. La fiducia es la operación por la cual uno o más constituyentes transfieren bienes, derechos o seguridades, presentes o futuros, a uno o más fiduciarios que, teniéndolos separados de su patrimonio propio, actúan en una finalidad determinada en provecho de uno o más beneficiarios”.

<sup>5</sup> “Artículo 2028. El contrato de fiducia puede ser revocado por el constituyente mientras no haya sido aceptado por el beneficiario”.

<sup>6</sup> “Artículo 2014. Solo pueden ser constituyentes las personas morales sujetas de pleno derecho o bajo opción al impuesto sobre sociedades. Los derechos del constituyente a título de la fiducia no son transmisibles a título gratuito, ni cedibles a título oneroso a personas diferentes a las personas morales sujetas al impuesto sobre las sociedades”.

razones tributarias, una posibilidad ampliamente extendida en el mundo.

patrimonio fiduciario en sí mismo considerado

- 4.2.4. En la proposición original el fiduciario podía ser una persona física o moral. Pero la versión final aprobada establece que sólo podrán tener la calidad de fiduciarios los establecimientos de crédito, las instituciones de servicios financieros, las empresas de inversión y las empresas de seguros<sup>7</sup>. Nosotros nos complacemos de esta modificación porque previamente habíamos tenido la oportunidad de recomendar con entusiasmo al Senador Marini, con motivo de la visita que le hicimos con el profesor Christian Larroumet en el 2006, las ventajas de “profesionalizar” la gestión del fiduciario, asignándole su tarea a entidades de naturaleza bancaria, vigiladas por el Estado. En efecto, en Colombia sólo ciertas personas jurídicas sometidas al control de la Superintendencia Financiera pueden tener la calidad de fiduciarios. Esta solución adoptada por Luxemburgo es la más extendida en América Latina.
- 4.2.5. Aun si la ley no ha reproducido integralmente el texto de la proposición, pensamos que esta ley, en su espíritu, obliga al fiduciario a realizar por sí mismo las tareas necesarias para la obtención de la finalidad buscada, salvo ciertos actos de delegación por los cuales y en principio él resultará responsable. En nuestra opinión, en esta hipótesis se trataría de una forma de delegación acumulativa pasiva, que agregaría a la responsabilidad del fiduciario la del delegado.
- 4.2.6. Las tareas que se le encomienden deben ser realizadas con lealtad y diligencia, como lo exigen la doctrina y la jurisprudencia cuando se trata de un profesional. El fiduciario debe evitar todo conflicto de interés entre su posición personal y los intereses de los beneficiarios o del
- 4.2.7. El constituyente y el fiduciario pueden ser beneficiarios del negocio o uno de los beneficiarios del mismo, lo que podría generar conflictos de interés<sup>8</sup>. Esta posibilidad, definida como aparece en el texto reproducido a pie de página, reemplaza el texto más restringido de la “Proposición de Ley” según la cual, cuando la fiducia se celebraba con fines de garantía, el fiduciario podía ser el beneficiario o uno de ellos.
- 4.2.8. La solución no es extraña en el derecho comparado. Ella está prevista en la Convención de la Haya sobre el *trust*, ha sido adoptada en la práctica en Alemania y hace parte de la ley mejicana, por dar unos ejemplos. Pero para la fiducia de garantía, cuando el banquero la comparte con otros acreedores, existe un riesgo muy elevado de entrar en conflicto, porque va a figurar, a la vez, como administrador de intereses de terceros y de sus propios intereses.
- 4.2.9. El constituyente puede designar a un tercero para que vele por la conservación de sus intereses<sup>9</sup>. Esta solución, del *protector*, es muy conocida en el derecho norteamericano. Sin embargo, no parece ser tan necesaria cuando las personas físicas no pueden actuar como constituyentes. En efecto, se supone que las personas morales no tienen necesidad de la ayuda de un tercero, o al menos no con la misma intensidad, teniendo en cuenta que disponen de sus propios órganos e instrumentos para actuar.
- 4.2.10. Nadie puede ser fiduciario si no es honesto, como se estipulaba en la proposición (artículo 2067). La ley ha eliminado la fórmula, pero ello es evidente.

<sup>7</sup> “Artículo 2015. Solo pueden tener la calidad de fiduciarios los establecimientos de crédito mencionados en el artículo L. 511-1 del Código Monetario y Financiero, las instituciones de servicios enumeradas en el artículo L. 518-1 del mismo código, las empresas de inversión mencionadas en el artículo L. 531-4 del mismo código así como las empresas de seguros regidas por el artículo L. 310-1 del código de seguros”.

<sup>8</sup> “Artículo 2016. El constituyente o el fiduciario puede ser el beneficiario o uno de los beneficiarios del contrato de fiducia”.

<sup>9</sup> “Artículo 2017. Salvo estipulación en contrario del contrato de fiducia, el constituyente puede, en cualquier momento, designar un tercero encargado de asegurar la preservación de sus intereses en el marco de la ejecución del contrato y que puede disponer de los poderes que la ley le otorga al constituyente”.

### 4.3. Obligación de información

El fiduciario debe rendir cuenta del cumplimiento de sus tareas en el plazo previsto en el contrato<sup>10</sup>. En la proposición de ley el tema se regulaba de manera diferente. En Colombia, el fiduciario debe rendir cuenta cada seis meses, salvo estipulación diferente en el contrato (artículo 1234, inciso 8 del Código de Comercio)

### 4.4. A título gratuito u oneroso

En Francia, la ley prohíbe la transmisión de derechos a título gratuito por medio de la fiducia. El contrato de fiducia es nulo si proviene de una intención de liberalidad<sup>11</sup>. En Colombia, la hipótesis no es considerada por la ley, pero la doctrina se inclina por sostener que uno puede transferir los bienes bajo ambos títulos. La transferencia a título gratuito es muy utilizada en el derecho anglosajón, por lo que es una lástima que Francia haya adoptado esa posición, pues los denominados *trusts charitables* (de beneficencia o caridad) ofrecen la posibilidad de asignar sumas importantes a numerosos fines de evidente interés colectivo, como la investigación, el apoyo a la educación, la protección de incapaces y otros similares.

### 4.5. Solemnidades

4.5.1 La fiducia debe nacer de la ley o del contrato y ha de ser expresa<sup>12</sup>. Ello excluye, entonces, frente al derecho anglosajón, la fiducia implícita, así como el *constructive trust*, que es declarado igualmente por los tribunales en ciertas circunstancias para evitar abusos y sancionar civilmente ciertas conductas reprobables.

4.5.2 La ley ha modificado sustancialmente el texto de la proposición, en materia de menciones obligatorias del contrato<sup>13</sup>.

- i. La indicación de los bienes objeto del contrato, cualquiera sea su naturaleza. Ellos deben ser devueltos al constituyente a la finalización del contrato salvo que, de conformidad con las instrucciones recibidas, se haya dispuesto de ellos<sup>14</sup>.
- ii. La duración. Ésta no podrá exceder de treinta y tres años. La “proposición” preveía noventa y nueve años. En Colombia, como en otros países de la región, periodos de corta duración, por ejemplo veinte años, muestran inconvenientes, en especial para proyectos de infraestructura. Si no existen límites de esa naturaleza para las sociedades, ¿para qué limitar en el tiempo una figura que acaba de nacer? ¿Con qué criterio se basa el legislador para fijar treinta y tres años? Ello parece, sin duda, totalmente arbitrario.
- iii. La identidad del constituyente.
- iv. La identidad del fiduciario.
- v. La identidad de los beneficiarios o las reglas que permitan su designación. La proposición de ley consideraba la posibilidad de que el fiduciario distribuyera a su discreción los bienes entre los beneficiarios. Esta facultad, aparentemente próxima de las aplicaciones anglosajonas, parece muy difícil de administrar en un país de Derecho Civil. Tanto más cuanto que la fiducia a título gratuito ha sido prohibida totalmente.
- vi. La misión del fiduciario determinando el alcance de sus poderes y sus prerrogativas de administración y de disposición. Nosotros sostenemos que el fiduciario dispone de todos los poderes necesarios para cumplir sus tareas, como, por lo demás, lo ha hecho la ley en cualquier caso frente a terceros.

<sup>10</sup> “Artículo 2022. El contrato de fiducia define las condiciones en las cuales el fiduciario rinde cuenta de su misión al constituyente. El fiduciario rinde cuenta de su misión al beneficiario y al tercero designado en aplicación del artículo 2017, a su demanda, según la periodicidad fijada por el contrato”.

<sup>11</sup> “Artículo 2013. El contrato de fiducia es nulo si procede de una intención de liberalidad en provecho del beneficiario. Esta nulidad es de orden público”.

<sup>12</sup> “Artículo 2012. La fiducia se establece por la ley o el contrato. Ella debe ser expresa”.

<sup>13</sup> “Artículo 2018. El contrato de fiducia determina, so pena de nulidad:

Los bienes, derechos o seguridades transferidos. Si son futuros, deben ser determinables;

La duración de la transferencia, que no puede exceder de treinta y tres años contados a partir de la firma del contrato;

La identidad del o de los constituyentes;

La identidad del o de los fiduciarios;

La identidad del o de los beneficiarios o, en su defecto, las reglas que permitan hacer su designación;

La misión del o de los fiduciarios y el alcance de sus poderes de disposición”.

<sup>14</sup> “Artículo 2030. Cuando el contrato de fiducia termina sin que exista un beneficiario, los derechos, bienes o seguridades existentes en el patrimonio fiduciario regresan al fiduciario por ministerio de la ley”.

- 4.5.3. So pena de nulidad, el contrato y sus modificaciones deben ser registrados ante las autoridades de impuestos. De la misma forma debe hacerse con la transferencia de los bienes y la designación de los beneficiarios. Está previsto, además, la creación de un sistema de registro para todas las fiducias<sup>15</sup>.
- 4.5.4. Forma solemne. Se requiere la redacción de un texto con el fin de asegurar su validez. Esto era, al menos, lo que preveía la proposición de ley. La exigencia de la forma escrita ha desaparecido de la ley, pero uno no puede imaginar fácilmente una forma diferente para satisfacer las condiciones exigidas por la ley. En Colombia, la solución es muy complicada porque la fiducia puede ser consensual, real o solemne, según la naturaleza de los bienes transferidos.
- 4.6. Objeto del contrato**
- 4.6.1. La transferencia de “bienes, derechos o de seguridades, o un conjunto de bienes, derechos o seguridades, presentes o futuros” (artículo 2011).
- 4.6.2. El contrato podrá prever que derechos o bienes suplementarios podrán ser transferidos al fiduciario luego de la entrada en vigor de la fiducia, bajo la condición de que sean determinables.
- 4.7. Patrimonio separado o de afectación**
- 4.7.1. Distinción frente al patrimonio personal del fiduciario.
- 4.7.2. Los bienes no podrán ser embargados por los acreedores del constituyente ni por los personales del fiduciario<sup>16</sup>.
- 4.7.3. Los bienes no harán parte del proceso de quiebra del fiduciario<sup>17</sup>.
- 4.7.4. La proposición de ley preveía que los acreedores de uno de los patrimonios no tendrían como derecho de prenda sino un solo patrimonio y no el conjunto, y que la transferencia no implicaba la de los riesgos al fiduciario. Aunque esas referencias expresas hayan desaparecido, la doctrina debería llegar a las mismas conclusiones.
- 4.7.5. Si los bienes del patrimonio resultan insuficientes para responderle a los acreedores, el constituyente deberá responder con su propio patrimonio, es decir, que éste se convertirá “en la garantía general de los acreedores”<sup>18</sup>.

En nuestra opinión, este es el punto más criticable de la ley. Desconoce el sentido de un patrimonio autónomo o especial. Los efectos deberían ser similares a los del régimen de capital de una sociedad anónima, que responde frente a terceros con su propio patrimonio y no con el de los asociados. Resulta contrario a los usos imaginar a un fiduciario asumiendo la responsabilidad eventual por insuficiencia del patrimonio, cuando se trata de un gestor que desempeña en forma idónea y profesional su encargo. Entre otras cosas, porque una de las reglas fundamentales del contrato es que la gestión se cumple por cuenta, en interés y bajo el riesgo del constituyente.

Si una gran empresa se propone crear una fiducia para desarrollar, por ejemplo, un *joint venture*, ¿qué interés podría tener en responder más tarde con su patrimonio, si precisamente quiere

No tenemos duda de que él existe, como lo subrayaba la proposición de ley, así el texto de la ley haya eliminado la mención. Eso significa:

- 4.7.1. Distinción frente al patrimonio personal del fiduciario.

<sup>15</sup> “Bajo pena de nulidad, el contrato y sus modificaciones son registrados dentro del plazo de un mes contado desde su fecha en el servicio de impuestos de la sede del fiduciario o el servicio de impuestos de no residentes si el beneficiario no está domiciliado en Francia.

Cuando versan sobre inmuebles o derechos reales inmobiliarios, ellos están, bajo la misma sanción, publicados en las condiciones previstas en los artículos 647 a 657 del Código General de Impuestos.

La transmisión de los derechos resultantes del contrato de fiducia y, si el beneficiario no está designado en el contrato de fiducia, su designación ulterior debe, so pena de nulidad, dar lugar a un acto escrito registrado en las mismas condiciones”.

<sup>16</sup> “Artículo 2025. Sin perjuicio de los derechos de los acreedores del constituyente titulares de un derecho de persecución vinculado a una seguridad publicada antes del contrato de fiducia y fuera del caso de fraude a los derechos de los acreedores del constituyente, el patrimonio fiduciario no puede ser embargado sino por titulares de acreencias nacidas de la conservación o la administración de ese patrimonio (...)”.

<sup>17</sup> “Artículo 2024. La apertura de un proceso de salvamento, de indemnización por daños o de liquidación judicial en beneficio del fiduciario no afecta el patrimonio fiduciario”.

<sup>18</sup> “En caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario, el patrimonio del constituyente constituye la garantía común de los acreedores, salvo estipulación contraria del contrato poniendo todo o parte del pasivo a cargo del fiduciario. El contrato de fiducia puede limitar igualmente la obligación del pasivo fiduciario solo al patrimonio fiduciario. Una cláusula de este tipo sólo puede oponerse a los acreedores que la hayan aceptado expresamente”.

separarse de la gestión mediante la constitución de un patrimonio independiente? En ese caso, parecería preferible crear una filial.

#### 4.8. Facultades del fiduciario

Éste dispone, frente a terceros, de los más amplios poderes<sup>19</sup>. Hemos afirmado al respecto que el fiduciario tiene todos los poderes necesarios para realizar su misión, esto es, cumplir la finalidad señalada y ni una más.

La ley prevé, sin embargo, que el principio se aplica “a menos que se demuestre que los terceros tenían conocimiento de la limitación de sus poderes”.

Si uno se refiere a la publicidad ya mencionada, no puede fácilmente imaginar cómo y en qué circunstancias, un tercero podría ignorar de buena fe la limitación de los poderes del fiduciario, pues si aquella es pública, a partir del registro previsto para los negocios de fiducia, se presumiría conocida y estaría disponible para cualquier interesado.

#### 4.9. Obligaciones del fiduciario

4.9.1. Deberá revelar su condición de fiduciario cuando actúe en nombre del patrimonio<sup>20</sup>.

4.9.2. Deberá rendir cuenta de su misión al constituyente, a los beneficiarios y a terceros bajo ciertas condiciones<sup>21</sup>.

4.9.3. La proposición de ley preveía: (i) la obligación de preservar la separación de los patrimonios con el fin de evitar la confusión de los derechos transferidos (artículo 2068); (ii) la apertura *es qualité*, esto es, en su condición de fiduciario, de una cuenta en un establecimiento bancario, dedicada a las operaciones vinculadas con cada contrato de fiducia; (iii) la realización personal del objeto de la fiducia; (iv) el ejercicio de sus facultades y

prerrogativas con diligencia y lealtad; y (v) la necesidad de evitar todo conflicto de interés personal.

Estas cinco previsiones desaparecieron al expedirse la ley, pero podría llegarse a conclusiones idénticas sobre la bondad de las mismas, a partir de un análisis cuidadoso de las obligaciones profesionales de los fiduciarios y de las mejores prácticas en el derecho comparado.

#### 4.10. Derechos y prerrogativas del fiduciario

4.10.1. Frente a terceros de buena fe, se presume que el fiduciario dispone de los poderes más amplios en relación con los bienes que le han sido transferidos.

4.10.2. Respecto a la proposición de ley, la ley misma ha eliminado la referencia al derecho de recibir la remuneración pactada. De no existir, sería gratuita, como ocurre con el mandato.

A pesar de este cambio, la solución a la que se llegue en la práctica debe ser la misma, sobre todo si se recuerda que los fiduciarios, por disposición de la ley, serán profesionales del sector financiero. Por lo tanto, debemos suponer que los contratos serán en principio remunerados, como ocurre en todos los contratos comerciales.

#### 4.11. Responsabilidad del fiduciario

Ella se asimila a la de un mandatario. Siguiendo la clasificación de Demogue, podría decirse, en principio, que sus obligaciones son de medio y no de resultado, si bien la experiencia en Colombia ha mostrado que no son pocos los negocios fiduciarios en los cuales se asumen obligaciones de resultado, como ocurre en la modalidad que conocemos como de “administración y pago”, vinculada normalmente con el desarrollo de proyectos de infraestructura<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> “Artículo 2023. En sus relaciones con los terceros, el fiduciario se reputa tener los poderes más amplios sobre el patrimonio fiduciario, a menos que se demuestre que los terceros tenían conocimiento de la limitación de sus poderes”.

<sup>20</sup> “Artículo 2021. Cuando el fiduciario actúe por cuenta de la fiducia, el debe mencionarlo expresamente. Igualmente, cuando el patrimonio fiduciario comprenda bienes o derechos cuya mutación esté sometida a publicidad, ella debe mencionar el nombre del fiduciario *es qualités*”.

<sup>21</sup> “Artículo 2022. El contrato de fiducia define las condiciones en las cuales el fiduciario rinde cuenta de su misión al constituyente. El fiduciario rinde cuenta de su misión al beneficiario y al tercero designado en aplicación del artículo 2017, a su demanda y según una periodicidad fijada en el contrato”.

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. “Negocios Fiduciarios: su significación en América Latina”. Bogotá: LEGIS. 2005. p. 384.

El fiduciario responde con su propio patrimonio si causa un perjuicio por su culpa, siguiendo principios generales de responsabilidad civil<sup>23</sup>.

#### 4.12. Modalidades

La ley se separa de lo que contemplaba la proposición y elimina la referencia manifiesta que aquella hacía. Pero la doctrina, los antecedentes y la exposición de motivos las reconoce, así:

4.12.1. Con fines de gestión o administración

4.12.2. Con fines de garantía

- a) La fiducia permitirá una forma novedosa de utilizar la propiedad como garantía.
- b) Según la proposición, no debería considerarse accesoria al crédito garantizado, por lo que no se extinguiría automáticamente con la extinción de la obligación inicialmente caucionada.

Si el crédito se cede, el beneficio de la garantía fiduciaria no se transmitiría por ministerio de la ley, aunque las partes podrían convenir cosa distinta. El contrato debía prever la manera de valorar los bienes para poder venderlos, lo que constituye uno de los principales problemas que afrontan los fiduciarios cuando deben proceder a ejecutar su encargo. Si no podía hacerse la venta por un precio acordado, sería preciso entonces acudir a un experto para su fijación. Estas propuestas desaparecieron en la ley, pero ellas no podrán ser ignoradas por la doctrina.

4.12.3. La fiducia a título gratuito quedó prohibida, como lo advertimos en otro aparte<sup>24</sup>.

#### 4.13. La protección de los acreedores

La proposición de ley era más precisa respecto a la protección. Ella preveía:

4.13.1. Para los bienes cuya mutación estaba sometida a publicidad, ella debía ser realizada según el derecho común a

nombre del fiduciario es *qualités*, es decir, expresando que actuaba en su condición de titular del patrimonio (esta regla se aplicaba a los derechos transferidos por el constituyente, a los nuevos derechos adquiridos por el fiduciario, a las garantías tomadas por el fiduciario o a los derechos constituidos por el mismo fiduciario).

4.13.2. Los acreedores del constituyente que se sintieran afectados por la transferencia, podrían recurrir a la acción pauliana (artículo 1167 del Código Civil colombiano), sin que tuviera que exigírseles la prueba de la mala fe de su deudor.

4.13.3. Los acreedores, igualmente, podrían solicitar la anulación de un contrato realizado durante el período denominado “sospechoso” en un proceso concursal.

Ellas desaparecieron, repitámoslo, pero no hay duda de que sería posible llegar a las mismas conclusiones por aplicación de disposiciones generales de derecho.

#### 4.14. Control jurisdiccional

Los intereses concurrentes pueden conducir, en caso de conflicto, a la necesidad de aplicar un control jurisdiccional. El fiduciario deberá rendir cuenta del ejercicio de las facultades que le han sido otorgadas. El juez podría modificar el contrato cuando su ejecución resultare difícil o imposible como consecuencia de un cambio de las circunstancias. Lamentablemente, esta previsión, de enorme importancia en el derecho anglosajón, no se conservó en el texto de la ley.

En Colombia, el Código de Comercio le ha asignado a la Superintendencia Financiera, facultades cuasi jurisdiccionales para permitir que se pronuncie en un evento similar.

#### 4.15. Fin del contrato<sup>25</sup>

4.15.1. Por la expiración del plazo.

<sup>23</sup> “Artículo 2026. El fiduciario es responsable, con su propio patrimonio, de las faltas que cometa en el ejercicio de su misión”.

<sup>24</sup> “Artículo 2013. El contrato de fiducia es nulo si procede de una liberalidad provecho del beneficiario. Esta nulidad es de orden público”.

<sup>25</sup> “Artículo 2029. El contrato de fiducia termina por la llegada del plazo, por la realización de la finalidad buscada cuando ella se produce antes del vencimiento del término o en caso de la revocación por parte del constituyente de la opción para el impuesto sobre las sociedades. Termina igualmente por ministerio de la ley o por una decisión judicial, si en ausencia de estipulaciones que prevean las condiciones en las cuales el contrato se continúa, la totalidad de los beneficiarios renuncian a la fiducia. Igual sucede si el fiduciario es objeto de una liquidación judicial o se disuelve o desaparece como consecuencia de una cesión o de una absorción”.

- 4.15.2. Por la realización de la finalidad.
- 4.15.3. Por la revocación del constituyente. En Colombia el constituyente debe haberse reservado tal facultad en el contrato. La revocación no puede hacerse, en todo caso, sin el acuerdo de los beneficiarios.
- 4.15.4. Porque causa estipulada en el contrato.
- 4.15.5. Por la renuncia de todos los beneficiarios a sus derechos como tales.
- 4.15.6. Por la desaparición del fiduciario.
- 4.15.7. Por la desaparición del constituyente. En este caso sus causahabientes tienen que ser personas sujetas al impuesto sobre las sociedades.

## 5. CONCLUSIONES

- 5.1. Simbólicamente es una revolución si se recuerda que Francia había renunciado hace doscientos años a la fiducia, palabra que fue borrada del Código de Napoleón.
- 5.2. Constituye una ley plena de sentido como respuesta útil a las necesidades de contar con instrumentos eficaces para la gestión de intereses de terceros de una manera segura e independiente. La ley se esperaba ansiosamente por los especialistas, especialmente porque Francia fue signataria de la Convención de la Haya sobre el *trust* de 1985, la cual entró a regir en 1992, cuando fue ratificada por el número de países previstos en ella. Habría que agregar que Italia dictó el año pasado normas sobre fiducia y que Suiza ratificó recientemente la Convención de la Haya.
- 5.3. Aun si se han hecho progresos notables, nos parece que la ley no es tan buena como lo fue el proyecto de 1992 ni la proposición del Senador Marini, a quien se considera el padre de la nueva ley, la que seguramente se conocerá por su nombre, por las razones que hemos señalado en distintos puntos del presente artículo.
- 5.4. La Ley se nutre, sin duda, de las mejores experiencias del derecho comparado y se traduce en una ley sumamente completa, de la cual sólo hemos estudiado y nos hemos referido a la primera de sus cinco partes, ligada directamente a la estructura del contrato. Por su estructura, por su función y por el papel que juegan las partes invo-

lucradas, constituye la versión del *trust* en el sistema del derecho civil, como sucede en los países de América Latina. Ello aunque, simultáneamente, la ley tome distancia del *trust* anglosajón en algunos aspectos. Por ejemplo no se prevé el *trust* implícito (*implied trust*), ni el de caridad (*charitable trust*), ni el *trust* declarado por el juez como sanción (*constructive trust*), ni su constitución por vía testamentaria.

5.5. Como toda obra humana, ella tiene imperfecciones y consagra soluciones discutibles, entre las cuales hemos destacado las siguientes:

- a) Las personas físicas no podrán ser constituyentes, lo que reducirá lamentablemente la utilización de la figura.
- b) Haber previsto la responsabilidad del constituyente con su propio patrimonio para responder por las obligaciones contraídas en el cumplimiento del encargo.
- c) Aportar una solución un tanto confusa, en nuestra opinión, respecto a la extensión de las facultades del fiduciario y su oposición frente a terceros quienes no parecerían poder ignorar sus limitaciones, si las tuviera.
- d) Eliminar ciertas disposiciones que figuraban en la proposición de ley, como se ha indicado en los aparte respectivos.

5.6. El importante desarrollo de la fiducia mercantil en Colombia o del fideicomiso, como se le llama en algunos de nuestros países, muestra al menos tres aspectos que tuvimos ocasión de expresarle al Senador Philippe Marini, con ocasión de la visita que le hicimos en 2006 en compañía del Profesor Christian Larroumet, algunos de los cuales fueron recogidos en la ley:

- a) La importancia en nuestros países de haberlo definido como un contrato comercial. Esto significa que, sin haber abandonado la utilización tradicional en Inglaterra, alrededor de la panificación de fortunas (*estate planning*) y el apoyo a los tribunales, se ha generado el desarrollo a un alto nivel de nuevos productos o manifestaciones contractuales de las cuales se puede subrayar: (i) las contribuciones muy importantes en el diseño de mecanismos de inversión de dinero, a título individual o a través de fondos de inversión, de fondos

en divisas y de fondos pensionales o de retiro; (ii) su utilización en el sector inmobiliario; (iii) su empleo frecuente a título de garantía, reemplazando, en la práctica, la prenda y la hipoteca; (iv) su empleo para asegurar los pagos en grandes proyectos de obras públicas; (v) su empleo como complemento para planes de seguros; y (vi) su dinámica utilización para estructurar procesos de titularización (titulización en el Perú) y para apoyar el mercado de capitales, con eficacia y elasticidad.

- b) La utilidad de profesionalizar la función de fiduciario. Sólo las personas jurídicas con ciertas calidades pueden actuar como fiduciarios. Este papel no puede ser desempeñado por personas físicas, salvo excepciones en algunos países. Esta recomendación se ha incorporado en la ley y tendrá una importancia definitiva para el desarrollo de la actividad.
- c) La ventaja de ligar el contrato al sector financiero colocado bajo la vigilancia del Estado. El fiduciario debe ser una persona moral, pero no cualquier persona. Debe estar provista de una autorización previa para actuar otorgada por el Estado, en nuestro

caso por la Superintendencia Financiera. Esta estructura reafirma la noción fundamental de la confianza como soporte necesario de la fiducia. Los constituyentes van a colocar sus bienes en manos de sociedades especializadas vigiladas por el Estado. Esta solución también se adoptó en la ley francesa.

De otra parte, esta circunstancia permite obtener una forma indirecta de publicidad o, en todo caso, de prueba satisfactoria sobre la circunstancias de celebración de los contratos, porque los registros contables hechos por los fiduciarios son una evidencia de las transferencias realizadas. Ellos constituyen, sin duda, una ayuda apreciable para luchar contra el fraude fiscal.

La ley francesa fue mucho más allá que la nuestra al exigir dos tipos de registros: uno en las oficinas o servicios de impuestos y el otro en un registro nacional que está por reglamentarse.

Pero volviendo a la experiencia latinoamericana hay que decir que todo lo expuesto ha conducido a desarrollar soluciones creativas, altamente demandadas por los empresarios, por lo que no tengo duda que Francia obtendrá muy pronto los mismos resultados positivos.