

ASOCIACION BANCARIA
BIBLIOTECA-HEMEROTECA

346.05-9
:D:6F
ej. 3

FIDUCIA MERCANTIL

2.500

conclusion

HFV:1622

3144



ASOCIACION BANCARIA DE COLOMBIA

INDICE

	Pág.
Presentación	
Sesión de Instalación	
Palabras del doctor Guillermo Núñez Vergara	3
Palabras del doctor Sergio Rodríguez Azuero	7
Sesión de Clausura	
Palabras del Señor Superintendente Bancario, doctor Germán Tabares Cardona	173

CAPITULO I

Aspectos de Derecho Mercantil

II. La Fiducia en Colombia: Dificultades y soluciones	9
Ponente: Dr. Gilberto Peña Castrillón	
Panelistas: Carlos Esteban Jaramillo	69
Stella Villegas de Osorio	81

CAPITULO II

Aspectos de Derecho Tributario

II La Fiducia Mercantil en el Derecho Tributario	
Ponente: Juan Rafael Bravo Arteaga	93
Eduardo Laverde Toscana	113

CAPITULO III

Aspectos Contables

III Aspectos Contables de la Fiducia	119
Ponente: Luis Eduardo Viatela	121
Panelistas: Arturo Boada	135
Javier Franco	143

CAPITULO IV

Aspectos Comerciales

IV Ponente:	Clemencia Inés Restrepo	149
Panelistas:	Ricardo Arango	163
	Humberto Patrón	167
	Pablo Trujillo	169

CONCLUSIONES

Dr. Sergio Rodríguez Azuero	177
-----------------------------------	-----

PRESENTACION

La Asociación Bancaria de Colombia, Deloitte Haskins & Sells y Directores Top Management, conscientes del limitado número de obras que sobre la fiducia mercantil se han editado en el país y de la imperiosa necesidad de difundir en nuestro medio el conocimiento de los aspectos más relevantes de esta figura, no solo desde la óptica jurídico mercantil, sino también tomando en cuenta los aspectos tributarios, contables y comerciales, se complacen en ofrecer esta obra que compendia las ponencias que sobre tan importante materia fueron presentadas en el Seminario organizado en el mes de febrero de 1986, los comentarios a las mismas, así como la afortunada síntesis de los temas tratados que hiciera el doctor Sergio Rodríguez Azuero, en su condición de Coordinador Académico del evento.

Esta publicación, es sin duda, una valiosa herramienta para quien persigue obtener una visión integral del negocio de fiducia mercantil, cuya mayor utilización en nuestro medio dependerá del adecuado entendimiento de sus innegables ventajas y de la superación de algunas trabas que dificultan su desarrollo, especialmente en el campo tributario.

Introducción

Este documento no pretende tratar el tema desde la perspectiva conceptual, ni histórica, ni económica. Sobre estos enfoques de la fiducia existe una literatura reiterativa que depende, en buena parte, de lo que hayan dicho los mejores y los peores autores mexicanos, que se encuentra a la mano de cualquier estudiante o práctico de la institución que yo también utilizaré, en buena parte.

Mi documento tratará de alcanzar los objetivos de este Seminario y, por lo tanto, en lo que le corresponde, debe presentar un resumen de los problemas que rodean o acompañan el desarrollo del fideicomiso, originados en la concepción, estructura o interpretación estrictamente jurídicas y desde la perspectiva del derecho mercantil. También quieren los organizadores de este Seminario que el discurso no se agote en un censo de dificultades y de objeciones sino que el autor intente la presentación de algunas soluciones.

Con los anteriores derroteros hemos preparado este documento sobre el que es bueno hacer las siguientes advertencias:

- . En primer lugar, esta ponencia no agota el tema, pues tenida en cuenta la metodología del Seminario los panelistas lo complementarán y controvertirán buena parte de lo que aquí se plantea.
- . En segundo lugar, se ha procurado indagar directamente, en varias sociedades fiduciarias, las dificultades reales de sus negocios vinculadas con aspectos estrictamente jurídicos y esa encuesta es la base de lo que se conceptualiza y generaliza más adelante.
- . En tercer lugar, las críticas, generalizaciones, inexactitudes y errores me corresponden en forma exclusiva y para asumirlos acudo a la libertad con la que aún podemos hablar quienes hemos dedicado una parte muy pequeña de la actividad profesional a las tareas docentes (1).
- . Finalmente, algo de Perogrullo: Otros autores, en otros documentos, tratarán los aspectos **tributarios**, **contables** y de **marketing** sin que, por supuesto, estas perspectivas agoten el estudio del tema.

Intervención del doctor Guillermo Núñez Vergara, en la instalación del Seminario sobre Fiducia Mercantil.

Dentro de los programas que la Asociación Bancaria de Colombia, ofrece a través de su Instituto de Banca y Finanzas - IBAFI—, para funcionarios que desempeñan cargos directivos y profesionales del más alto nivel, acordamos en el presente año, programar con Deloitte Haskins and Sells y Directores, este seminario sobre Fiducia Mercantil.

Nos movió a esta iniciativa, el notable desarrollo que ha tenido la figura de la fiducia, y que en buena parte se explica por su versatilidad y por la garantía que ofrece a quienes intervienen en el negocio de la fiducia.

También debe reconocerse el hecho de que los mercados financieros y de servicios bancarios en el mundo se han transformado grandemente en los últimos años; si bien no con la rapidez de otros países, Colombia también ha participado en este desenvolvimiento. Lo cierto es que las entidades financieras necesitan vislumbrar nuevos horizontes y por ello la fiducia, justamente por su elasticidad, ha brindado respuestas bien atractivas.

Aunque los desarrollos recientes son significativos, subsisten, sin embargo, tropiezos e inconvenientes que han sido debatidos y analizados en foros como el que hoy nos reúne. Recuerdo el seminario que sobre el mismo tema realizaron hace seis años la Federación Latinoamericana de Bancos y la Asociación Bancaria precisamente en este mismo recinto.

ASOCIACION BANCARIA
BIBLIOTECA-HEMEROTECA

Se intenta, por eso, adelantar nuevamente un análisis crítico de las principales dificultades encontradas y presentar unas soluciones a través de una serie de propuestas concretas.

Pero además y con un enfoque que esperamos sea particularmente positivo y dinámico, el seminario se ocupará de revisar las manifestaciones más interesantes tanto en los Estados Unidos, donde la figura tiene un notable desarrollo como en la misma patria nuestra donde, guardadas proporciones, ha ocurrido algo parecido en los últimos años. Estudio que estará acompañado de una reflexión, sobre las perspectivas más interesantes que muestra el mercado.

Confiamos en que este balance entre realizaciones y expectativas, logros y dificultades, constituya un nuevo aporte para el progreso de este mecanismo y que el seminario se enriquezca con la activa participación de todos ustedes y el cual cuenta con una lujosa nómina de expositores que hemos logrado reunir, bajo la coordinación del doctor Sergio Rodríguez. A todos ellos un vivo agradecimiento en nombre de la Asociación Bancaria de Colombia y a ustedes señores participantes mil gracias por haber concurrido a esta cita del IBAFI, Deloitte Haskins and Sells y Directores.

Muchísimas gracias.

SEMINARIO FIDUCIA MERCANTIL

Intervención del Dr. Sergio Rodríguez Azuero

En primer término quisiera repetir un agradecimiento muy especial a todos los participantes en el seminario, en nombre del IBAFI representado por el doctor Augusto Garzón, de Directores representado por el doctor Roberto Hall y de Deloitte Haskins and Sells representado por el doctor Arturo Pulido, deplorando inmensamente que el doctor Luis Eduardo Viatela, uno de los inspiradores y animadores de este seminario, por razones de salud haya tenido que privarse de acompañarnos, pero seguros como estamos, por el interés denotado, que el seminario resultará una nueva contribución al estudio de esta figura.

Con la Fiducia me parece que en Colombia ha venido pasando una cosa muy curiosa, hablamos tanto de ella en los últimos años que finalmente no sabemos, a ciencia cierta, si es más importante en la teoría que en la práctica o si, en verdad, los recientes desarrollos parecerían mostrar que comenzamos a aportarle a la estructura de la actividad financiera una posibilidad verdaderamente rica, como los planteamientos teóricos nos lo sugerían.

Como ustedes recuerdan, el trabajo se ha dividido en cuatro partes. Yo diría que las tres primeras son las partes problemáticas. Nos parece que una vez más es indispensable hacer una reflexión cuidadosa sobre las dificultades, los interrogantes, mejor, si ustedes quieren, que se han suscitado frente al Derecho Mercantil, frente a las disposiciones de la Ley Tributaria y, desde luego, frente a los esquemas contables. Nosotros repasábamos en estos días con los organizadores

los documentos que se produjeron en 1980 con motivo del primer seminario y nos sorprendíamos de que los interrogantes parecen ser los mismos. Eso quizás no es lo más importante, sino que han pasado seis años y aparentemente hemos encontrado muy pocas respuestas para ellos. Pensamos, entonces, que no nos podemos quedar allí. Si los interrogantes subsisten hay que darles una respuesta y sobre todo hay que intentar unos caminos de solución porque, muy seguramente el doctor Gilberto Peña lo destacará, hay en la labor de los intérpretes unas posibilidades creativas muy grandes que a veces no se aprovechan en toda su magnitud. En esos tres primeros temas, entonces, como lo anunciábamos en el programa, no solo queremos identificar las dificultades encontradas sino, además, intentar formular una respuesta. Y luego hemos querido dejar la última parte, dedicada en forma exclusiva a la presentación de la fiducia con una concepción exclusivamente de negocios. Les he pedidos a los intervinientes en este último tema que nos olvidemos por completo de las dificultades, que no queremos oír más los problemas por los cuales no se han hecho los negocios, que queremos más bien saber cuáles son las posibilidades que tenemos de llevarlos a cabo o cuáles estamos realizando. Porque ustedes escucharán mañana y muchos de ustedes lo saben bien, cómo en Colombia se están haciendo muchas y muy importantes cosas en esta materia. Pero allí vamos a hablar también de lo que está pasando en los Estados Unidos y creo que será muy interesante, pues es un país anglosajón en el cual la figura del trust ha tenido un particular desarrollo.

Por último confiamos en que las conclusiones que puedan obtenerse del seminario constituyan un nuevo paso para el conocimiento y desarrollo de la figura. El doctor Núñez Vergara al instalar el seminario recordaba como hace seis años, en este mismo auditorio, celebramos uno muy importante en el cual algunos de ustedes, por cierto, participaron y así la modestia de la Asociación Bancaria no le permita decirlo con tanta claridad me parece que hay que reconocerle estos esfuerzos, en el caso concreto de la fiducia, un gran porcentaje en los buenos resultados que han venido obteniéndose. De suerte pues que con los renovados agradecimientos con ustedes por su participación y en mi caso con los organizadores que han querido invitarme a ayudar en la coordinación de este programa, vamos a pasar en un minuto a la primera parte del mismo en relación con los aspectos de Derecho Mercantil.

CAPITULO I

**ASPECTOS DE DERECHO
MERCANTIL**

**LA FIDUCIA EN COLOMBIA: DIFICULTADES Y SOLUCIONES
ASPECTOS DE DERECHO MERCANTIL**

Gilberto Peña Castrillón
Profesor de Derecho Comercial, U. Nacional y U. de los Andes.
Bogotá, 27 de febrero de 1.986.

Introducción

1. LA INCORPORACION DE LA FIDUCIA EN COLOMBIA
 - 1.1. El Código Civil: La Propiedad Fiduciaria
 - 1.2. La Ley 45 de 1.923: Los Mandatos o Encargos Fiduciarios
 - 1.3. El Código de Comercio: La Fiducia Mercantil
2. LAS CLASIFICACIONES DEL FIDEICOMISO
 - 2.1. Clasificación de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros de México
 - 2.2. Otra clasificación... también mexicana (Jorge Antonio Zepeda)
 - 2.3. Mostrario de Negocios que hacen las Fiduciarias Mexicanas
 - 2.4. Otras Clasificaciones
 - 2.4.1. Sergio Rodríguez
 - 2.4.2. Ramiro Rengifo
3. LOS NEGOCIOS QUE HAN HECHO O HACEN LAS FIDUCIARIAS EN COLOMBIA: DATOS DE LA PRACTICA
 - 3.1. Fideicomisos Inmobiliarios
 - 3.2. Fideicomisos de Inversión
 - 3.3. Fideicomisos de Administración
 - 3.4. Fideicomisos de Garantía
4. DIFICULTADES GENERALES PARA EL DESARROLLO DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN COLOMBIA
 - 4.1. El Facilismo del Fideicomiso de Inversión
 - 4.2. Una Dificultad Estructural: El Fideicomiso no tiene mayor Desarrollo en una Comunidad Pauperizada
 - 4.3. Falta Divulgación y Conocimiento de la Fiducia
 - 4.4. El Derecho Positivo, sus Lagunas e Insuficiencias: Dificultad o Mito.
 - 4.5. Aspectos Desafortunados y Exagerados en la presentación Inicial del Fideicomiso.
 - 4.5.1. La "Naturaleza Jurídica"
 - 4.5.2. El Fideicomiso como Panacea
 - 4.5.3. El Fideicomiso como Institución para las Crisis

5. DIFICULTADES PARTICULARES PARA EL DESARROLLO DEL FIDEICOMISO

- 5.1. ¿La Superintendencia Bancaria?
- 5.2. ¿El temor a testar? ¿El desconocimiento del Derecho de Sucesiones?
- 5.3. Necesidad de Combinar la Fiducia con Negocios Preparatorios. Cooperación con otras Entidades.
- 5.4. La Individualización Contable de los Bienes Fideicomitidos
- 5.5. La Persecución de los Bienes Fideicomitidos.
- 5.6. ¿Demasiadas Fiduciarias?
- 5.7. ¿La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos?
- 5.8. Otras Fuentes de Problemas

ANEXO No. 1: Comunicación No. 25416 del 9 de julio de 1.982 de la Superintendencia Bancaria.

ANEXO No. 2: Contrato de Fiducia para pago de un Crédito.

ANEXO No. 3: Contrato de Fideicomiso de Garantía efectivamente utilizado en México.

NOTAS

1. LA INCORPORACION DE LA FIDUCIA EN COLOMBIA

Conviene hacer unas mínimas precisiones sobre la incorporación de los negocios jurídicos fiduciarios al Derecho colombiano, aspecto que nos servirá para excluir algunos temas (2).

1.1. El Código Civil: La Propiedad Fiduciaria

El Código Civil trata la propiedad fiduciaria en sus artículos 793 a 822, en un reglamento cuya extensión y detalle son inversamente proporcionales a su utilidad y desarrollo (3). La ubicación de la materia en ese Código y su criterio indican, en resumen, que la propiedad fiduciaria está concebida como una **manera de limitar el dominio**, limitación que consiste, exactamente, en que una persona “dispone de una cosa suya en favor de otra a quien grava con la obligación de restituirla a una tercera si se verifica una condición”. Existe, pues, un solo propietario quien detenta y aprovecha el bien gravado de esa manera hasta la verificación de la condición establecida. Las notas sobresalientes de esta propiedad son las siguientes:

- . No existe sino un derecho: El de propiedad del fiduciario.
- . La institución está concebida como un gravámen, de tal manera que el beneficiario simultáneo de un tercero es un asunto ajeno a sus finalidades (4).
- . La transferencia al beneficiario (fideicomisario) depende, inexcusablemente, de una **condición**. Si la transferencia se somete a término no existe propiedad fiduciaria (5).
- . La condición es resolutoria para el propietario fiduciario y suspensiva para el fideicomisario (beneficiario). Sin embargo, “la condición del fideicomiso no opera retroactivamente; por tanto subsisten todos los actos ejecutados por el fiduciario sobre las cosas mientras las tuvo en su poder” (6).
- . El propietario fiduciario puede enajenar su propiedad fiduciaria y se transmite por causa de muerte, sujeta al gravamen respectivo (Art. 810 del C.C.).
- . La propiedad fiduciaria solo se puede constituir por instrumento público o por testamento (Art. 796 del C.C.), así los bienes sean muebles (7).

Si la condición falla —no se cumple—, la propiedad se consolida en cabeza del propietario fiduciario, lo que resulta apenas obvio tomados en cuenta el espíritu y las finalidades de la institución: **el total aprovechamiento del bien por el propietario fiduciario hasta que se cumpla la condición.**

Finalmente, la propiedad fiduciaria carece de flexibilidad para servir los negocios masivos o reiterados y se encuentra concebida a la manera de las instituciones jurídicas excepcionales. Otro es el espíritu de Derecho Mercantil hasta el punto de que, exagerando un poco las cosas, las instituciones del Derecho Mercantil deben ofrecer una vocación para que puedan ser reducidas a **contratos-formularios**, típicos de la contratación masiva o reiterada.

Como es fácil deducirlo, la **propiedad fiduciaria** del C.C. es totalmente diferente de lo que reglamenta el C. de Comercio como la **fiducia mercantil**, sin que este estatuto haya derogado la propiedad fiduciaria civil que, dicho al paso, bien puede ser utilizada por los comerciantes, ya que la vigencia de una institución civil no depende ni de la moda, ni del factor cuantitativo. La función de muchas instituciones civiles es permanecer dentro del derecho positivo constituyendo un repertorio de fórmulas utilizables esporádicamente, en tranquila convivencia con otras instituciones de mayor trámite y de mayor utilidad (8).

1.2. La Ley 45 de 1.923: Los Mandatos o Encargos Fiduciarios

Nuestra ley bancaria fundamental, la 45 de 1923, que modernizó e impulsó el sistema financiero, vigente en buena parte todavía, incorporó al derecho colombiano los llamados **encargos de confianza** (Artículo 7o.) con lo que sentó las bases para que la banca se hubiera convertido en el gran asesor de las empresas, de la familia, de los inexpertos, incapaces e inhábiles y en un excelente auxiliar de la justicia.

Curiosamente, las Secciones Fiduciarias de los bancos mostraron alguna vitalidad con posterioridad a la promulgación del actual Código de Comercio, bien por una reacción normal a la competencia que les establecían las sociedades fiduciarias previstas en el nuevo Código de Comercio, o bien porque tales Secciones coadyuvaban pequeñas o grandes extravagancias de nuestros banqueros, asfixiados por un mar de reglamentos y por la orgía financiera vivida en los años pasados, en la que revelamos lo mejor del talento y de la imaginación para desvirtuar la finalidad de algunas instituciones del derecho bancario.

Las características de estas secciones de los bancos y de este tipo de negocios fiduciarios son las siguientes, en resumen:

- . Sección Fiduciaria significa la “sección de un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar **encargos de confianza** que le sean legalmente encomendados” (Artículo 7o.).
- . Se le atribuía a las Secciones Fiduciarias, de manera privativa y previa autorización de la Superintendencia, la facultad de realizar los **encargos de confianza**, dentro de la idea de una banca universal —que muchos años después vino a llamarse de servicios múltiples—, con Secciones especializadas. La universalidad de esa concepción hay que juzgarla, por supuesto, ubicándonos en 1923.
- . Los Artículos 105 y 107 contienen la descripción, en forma enunciativa simplemente, de las operaciones que pueden hacer las secciones fiduciarias de los bancos y si bien todos los comentaristas se sienten obligados a criticar el lenguaje, las repeticiones y las sinonimias de lo allí previsto, creemos que tales insistencias y reiteraciones estaban alentadas por un ánimo pedagógico como era enseñarles a los bancos y a los usuarios los maravillosos negocios y gestiones que podían ejecutar tales secciones fiduciarias.
- . Todas las hipótesis de los negocios fiduciarios previstas en esta ley son reducibles a especies de mandato, de tal manera que la expresión **encargos fiduciarios**, del Artículo 7o., puede ser tomada como sinónimo de **mandato** (9).
- . El Artículo 105 habría pretendido hacer una descripción genérica de las facultades atribuibles a una Sección Fiduciaria (fiduciario; albacea; administrador; “notario”; curador; mandatario; depositario), mientras que el Artículo 107 que pretendía indicar una serie de facultades adicionales a las del Artículo 105, lo que hizo fué desarrollar, en tipos especiales o particulares, lo previsto en forma genérica en el Artículo 105.

No vamos a transcribir la ley en este documento pero es bueno revelarle al lector algunos aspectos que indican su importancia histórica, lo que será más fácil de entender si por un momento hacemos una composición de lugar y nos ubicamos en el año de 1923.

En primer lugar, resulta todavía hoy plausible y espectacular la previsión del Artículo 107, ordinal 3o., encaminada a darle a la

mujer casada, divorciada o separada de bienes un mecanismo para administrar y asegurar sus bienes. Esto no alcanzó ningún desarrollo y sospecho que las Secciones Fiduciarias ni se enteraron de lo que quería la ley; Poner a disposición de la mujer casada, divorciada o separada una institución que la librara de la condición de incapaz que tenía en ese momento —o de la mas probable de inexperta—, y que limitara la interferencia del cónyuge en la administración de sus propios bienes o de los bienes de terceros que por alguna razón le hubieren sido confiados.

En segundo lugar esta ley contenía no solo el germen sino hipótesis concretas para que las Secciones Fiduciarias de los bancos se hubieran convertido en los grandes auxiliares de la justicia y en los grandes depositarios de los bienes que quedan trabados en los procesos en foma improductiva y deteriorante (10). Quienes desarrollamos buena parte de la actividad profesional en los estrados judiciales tenemos como verdad sabida que mejor que ser heredero o legatario es ser Albacea y que mejor que ser acreedor privilegiado en un concurso de acreedores o en una quiebra es ser Síndico de ese proceso.

Finalmente, y solo con el ánimo de resaltar lo que significa históricamente esta parte de la ley 45 de 1.923, se facultaba a los bancos para el manejo productivo de patrimonios familiares y para que la banca se hubiera convertido en la gran administradora de bienes de menores, huérfanos e incapaces por cualquier otra causa, mediante mandatos extrajudiciales o por disposiciones testamentarias, sirviendo de esa manera los derechos del niño o incapaz, aspecto que tampoco tuvo desarrollo alguno (11).

Las cosas tomaron otro rumbo y vaya uno a saber si la necesidad de organizar e impulsar lo predominantemente financiero, unido a la natural vanidad de quienes operan el negocio bancario, no permitió que se desarrollaran estas actividades consideradas menores, de menor urgencia y de baja rentabilidad.

Hoy por hoy, salvo uno o dos bancos que le han dado una importancia evidente a sus **Secciones Fiduciarias**, dichas Secciones han quedado reducidas a efectuar las siguientes operaciones:

Custodia de Documentos: Esta puede ser la función de mas trámite. Consiste en la simple guarda de documentos en sobres lacrados, cuyo reclamo se efectúa con un título de simple legitimación, no negociable, propio de estas Secciones, llamado "Certificado de

Depósito en Custodia". Las funciones de custodia también comprenden documentos que constituyen garantías para el banco, complementadas muchas veces con el recaudo de los accesorios del capital o de sus abonos parciales y su inmediato traslado a la Sección Comercial para amortizar la obligación principal.

Mandatos de Inversión: Es el manejo de dinero bien sea recibido directamente o como resultado de otra gestión para destinarlo a los fines determinados por el cliente como, por ejemplo, gastos estudiantiles y de manutención, pensiones alimenticias convenidas extrajudicialmente, destinación de unos cánones de arrendamiento recaudados a la compra de determinados valores, etc.

Cobranzas: Esta gestión la realizan las Secciones Fiduciarias para apoyar a las Secciones Comerciales en el manejo de algunas "fuentes de pago" (facturas comerciales; títulos a plazos; rentas periódicas, etc.) que los clientes convienen destinar a la atención de sus obligaciones con la Sección Comercial. No se trata, por supuesto, del cobro de créditos propios del banco, tarea exclusiva de los Departamentos Jurídicos de las Secciones Comerciales.

Cajillas de Seguridad: El contrato denominado -Cajillas de Seguridad para la guarda de bienes está reglamentado en el C. de Co. en los arts. 1.416 a 1.425. Buena parte de los bancos que prestan este servicio lo manejan a través de las Secciones Fiduciarias.

Recaudos Tributarios: Mediante convenios con la Administración de Impuestos, — los bancos comerciales vienen efectuando el recaudo de obligaciones tributarias (I. V.A.; renta y patrimonio; retención en la fuente), cuyo producto total deben abonar en las cuentas oficiales de la respectiva Administración Impositiva. En este momento se observa una interesante actividad de los bancos para captar esos pagos de las empresas ya que esto les permite, como única contraprestación, la disponibilidad de esos dineros por períodos entre 5 y 21 días.

Al observar las operaciones de las Secciones Fiduciarias se le ocurre a uno, como una conclusión preliminar, que sus tareas tienen, en buena parte, el lastre de ser únicamente un apoyo de la Sección Comercial o de hacer operaciones residuales de esa Sección. En algunos bancos ésta es la "zona de castigo" para funcionarios en desgracia. No existen políticas claras de **marketing** o desarrollo, como tampoco una actividad divulgadora o publicitaria de sus servicios.

Un banco que ha desarrollado en forma admirable su Sección Fiduciaria nos permitió el acceso a sus operaciones y la observación de sus actividades, tarea en la que pudimos establecer lo siguiente:

- Realiza tanto operaciones típicas de la Ley 45 de 1923, como fiducias mercantiles, traslativas de dominio, bajo el régimen del C. de Co.
- La Sección Fiduciaria se ha convertido en un excelente medio para canalizar y comercializar una serie heterogénea de bienes muebles e inmuebles que ha tenido que recibir el banco a título de daciones en pago.
- Operaciones típicas de fiducia mercantil, bajo el régimen del C. de Co., efectuadas por esta Sección son la propiedad fiduciaria de un Jet Boeing 727 arrendado a un tercero, cuyos rendimientos se destinan parcialmente al servicio de obligaciones del mismo arrendatario frente al fiduciante. En este caso, el banco es el responsable del mantenimiento u “overhold”, razón por la cual ha tenido que incursionar en actividades hasta ahora extrañas a la rutina de un banco comercial. También se observó, una operación de fiducia mercantil traslativa de dominio de un número apreciable de tractores o maquinaria agrícola, colocados en arrendamiento en muy buenas condiciones comerciales. Mas interesante e inesperado nos pareció, por ejemplo, la propiedad fiduciaria de una granja avícola como consecuencia de una dación en pago, con muy buenas recuperaciones para el banco fiduciante.

En fin, encontramos un ejemplo de lo que puede llegar a ser una Sección Fiduciaria plenamente desarrollada, gracias a la labor de un Gerente que tuvo la paciencia de conquistar a las autoridades de su banco para la idea del desarrollo pleno del negocio fiduciario.

Como corresponde a la formación y objetivos de los banqueros esta Sección no tiene vocación para los negocios pequeños, como tampoco para los fideicomisos vinculados con las sucesiones, la familia o los seguros, tal vez porque riñen con el temperamento del banquero unos negocios que, en alguna medida, dependen de un hecho luctuoso o de un conflicto conyugal al menos en la forma como se conciben inicialmente esos fideicomisos (12).

1.3. El Código de Comercio: La Fiducia Mercantil

El actual Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) incorporó

un nuevo concepto al Derecho positivo en el título XI del Libro Cuarto (Contratos y Obligaciones Mercantiles), al reglamentar la **fiducia** en sus artículos 1.226 , 1.244.

Tomando como base el texto de las normas, esto es, prescindiendo de la buena y de la mala literatura jurídica que ha tratado de explicarnos esto, las características sobresalientes de la **fiducia mercantil** son las siguientes:

· El meollo de la institución es una **transferencia** de bienes particulares por parte del constituyente de la fiducia (fiduciante), a una institución fiduciaria. Y al contrario de la **propiedad fiduciaria del Código Civil**, el fiduciario no tiene la expectativa, ni posibilidad alguna de hacerse dueño del bien fideicomitido, lo que sí ocurre en el Derecho Civil, si **no** se cumple la condición resolutoria de la propiedad fiduciaria.

· En la fiducia mercantil el fiduciario no tiene la propiedad para sí, en su provecho, sino que la debe destinar al beneficio del fideicomisario. Esto revela otra diferencia con la propiedad fiduciaria del Código Civil, pues mientras se cumple la condición el propietario fiduciario del Código Civil es dueño del bien y de todos sus frutos, tanto que puede disponer por negocio jurídico o por testamento, del bien fideicomitido. En la fiducia mercantil todo esto se prohíbe expresamente (Arts. 1.226 y 1.244).

· Ordena la ley que no pueden ser fiduciarios las personas naturales para preservar la estabilidad de la institución y la formación de empresas especializadas en esta clase de negocios. Por ello, solo pueden ser fiduciarios los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria. En la práctica esto muestra el siguiente panorama.

- **Sociedades Fiduciarias:** Además de las fiducias mercantiles realizan otras operaciones que bien podrían ser clasificadas como encargos o mandatos fiduciarios de los tipos previstos en la Ley 45 de 1.923.

- **Secciones Fiduciarias de los Bancos:** Si bien es cierto que con mucho esfuerzo realizan encargos o mandatos fiduciarios de la Ley 45 de 1.923, no existe ninguna restricción para que contraten fiducias mercantiles del C. de Co. Este tema fué materia de algunos debates y la conclusión que planteamos creemos que es

materia o doctrina pacífica después de 15 años de vigencia del C. de Comercio. Y contra la tozudez de cualquier intérprete existe, por lo menos, un Banco Comercial cuya Sección Fiduciaria solo hace, en forma muy profesional y activa, ... fiducias del Código de Comercio.

Con Relación a los **bienes fideicomitidos** muchos comentaristas añoran la claridad y la precisión con que el Código Civil define el asunto cuando establece quien es el dueño de los bienes materia de la propiedad fiduciaria. Pero la claridad conceptual del C.C. no ha servido ni servirá para desarrollar la propiedad fiduciaria prevista en ese estatuto, y esta puede ser una excelente prueba de la esterilidad de ciertas leyes perfectas (13).

Este introito será siempre útil para considerar la situación de los bienes fideicomitidos, asunto que ha tenido que debatirse con la carga y los lastres metodológicos impuestos por un hecho incontrovertible —y a veces insoportable—, como es la consideración del **patrimonio** como un atributo de la personalidad, cuya consecuencia inmediata es que una persona no puede tener sino un solo patrimonio y que no se pueden hacer **exclusiones** de bienes para fines específicos, lo que lleva, en la práctica, a que proliferen los negocios simulados, y a que se acuda, por ejemplo, a la sociedad de responsabilidad limitada para poder “excluir” bienes de la **garantía general de los acreedores** y como expediente para reglamentar la irresponsabilidad jurídica, en el mejor sentido del término. Conozco, obviamente, las habituales réplicas de los Profesores de Sociedades.

Pues bien; cuando se estudia la situación jurídica de los bienes fideicomitidos se encuentra uno con un reglamento cuyo análisis sistemático ha debido producir una gran revolución jurídica. Mencionémoslo, por lo menos:

- El art. 1.226 establece que el meollo de la fiducia mercantil es una **transferencia** de bienes.
- El art. 1.227 declara que los bienes fideicomitidos no garantizan las obligaciones del fiduciario y dice algo más importante: garantizan las obligaciones vinculadas a la ejecución o cumplimiento del fideicomiso. En otros términos, un bien particular sale del patrimonio del fiduciante, no forma parte del patrimonio del fiduciario y se considera adscrito o destinado a la garantía de las obligaciones que se constituyan para el cumplimiento de los fines de la fiducia.

- El art. 1.233 declara que los bienes fideicomitidos no son intercambiables, ni confundibles con los bienes propios del fiduciario. En igual sentido el art. 1.234, ordinal 2o.
- El art. 1.234 utiliza la expresión **patrimonio autónomo** y a ese nivel se ha quedado, como una simple expresión, ya que hay una resistencia general para tratar de explicitar el concepto postulado abiertamente, o simplemente sugerido, bajo ese nombre, extraño en la nomenclatura jurídica colombiana.
- Se restringe la persecución de los bienes fideicomitidos (art. 1.238) en una norma que por pagarle un excesivo tributo a la tradición dejó sin desarrollo una concepción unitaria del patrimonio fideicomitido. Las interpretaciones que se han intentado de este artículo tienen dos orientaciones sin mayor desarrollo por sus propios expositores. O se ve la formulación de la noción de **patrimonio autónomo**, a disposición de la jurisprudencia para que la desarrolle (14), o se ve un reglamento mas o menos completo, mas o menos congruente de la noción de patrimonio especial, no autónomo (15), sin que ninguna de las dos orientaciones satisfaga las preocupaciones que suscita la vulnerabilidad del patrimonio fideicomitido por las pretensiones de los acreedores del fiduciante, de créditos anteriores a la constitución del fideicomiso y sin que aclare, además, cuales son los medios, o cual es el repertorio procesal pertinente para plantear esas pretensiones (16).

El legislador estuvo a punto de tomar la gran decisión con relación a una especial concepción del patrimonio fideicomitido pero se quedó en una postulación simplemente verbal, según el comentario corriente, y poco se puede esperar de la **jurisprudencia** ya que el clima en el que se debaten estos negocios y el mismo sentido práctico de quienes pueden verse envueltos en el conflicto, no permiten que estos asuntos vayan a un largo debate jurisdiccional (17), único terreno en el que se concibe la jurisprudencia (18).

Naturalmente, la ley reguló otros aspectos importantes de la fiducia mercantil como las formalidades de su constitución (art. 1.228), las fiducias prohibidas (art. 1.230), las causas de renuncia del fiduciario (art. 1.232), los deberes del fiduciario (art. 1.234), los derechos del beneficiario o fideicomisario (art. 1.235), los derechos del fiduciante (art. 1.236), las causas de remoción del fiduciario (art. 1.239), las causas de extinción de la fiducia (art. 1.240), el juez competente

para el debate jurisdiccional (art. 1.241), materias cuyo análisis o exposición sistemática no constituye la tarea dominante de este documento.

2. LAS CLASIFICACIONES DEL FIDEICOMISO

Si bien el negocio fiduciario es un negocio nominado, típico, la variedad de los negocios subyacentes o de las finalidades a que puede estar destinado recomiendan que se intente una clasificación útil para los fines de nuestro documento pero, estas mismas características hacen que toda clasificación sea insuficiente o no comprenda especies realmente diferentes.

2.1. Clasificación de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros (México).

Esta clasificación no tiene sino la función de orientar la actividad del organismo contralor de las sociedades fiduciarias, razón por la cual resulta insuficiente para cualquier otro propósito reconociéndole que, por lo menos, clasifica en tres grandes géneros las finalidades del negocio fiduciario. Debe entenderse, además, que esta clasificación da por supuesto que se trata de fideicomisos traslativos del dominio. La oficina mencionada equivalente a nuestra Superintendencia Bancaria clasifica así el fideicomiso:

- . Fideicomisos de garantía.
- . Fideicomisos de administración.
- . Fideicomisos de inversión (19).

Algún eco ha tenido esta clasificación entre nosotros pues el Director Jurídico de una Fiduciaria nos palentó que para él solo existían dos clases de fideicomisos, el de administración y el de inversión. Contra esa clasificación y esta opinión la realidad es, incuestionablemente, mas amplia y desborda estas excesivas simplificaciones.

2.2. Otra Clasificación... también Mexicana

El procesalista mexicano Jorge Antonio Zepeda propone la distinción de los negocios fiduciarios en cuatro grupos o categorías:

- . Fideicomisos traslativos de propiedad.

- . Fideicomisos de garantía.
- . Fideicomisos de administración.
- . Fideicomisos de inversión.

El propio autor de esta clasificación nos desalienta para tomarla como definitiva porque "... resulta extraordinariamente difícil hacer una clasificación de los fideicomisos, tanto más cuanto que, las mas de las veces, ninguna clase de fideicomiso es pura, antes viene conjugada con otra u otras, por lo que inclusive puede hablarse, en ocasiones, de **casos de frontera**, respecto a los cuales la clasificación se torna imposible" (20).

2.3. Mostrario de Negocios que hacen las Fiduciarias Mexicanas

Sin que implique una clasificación, puede resultar útil presentar la lista de los negocios que hacen las Fiduciarias mexicanas para tener una idea, por lo menos, de la materia clasificable. Un banquero relataba que los tipos de fideicomisos de trámite rutinario en esas instituciones eran estos:

- . Fideicomisos de garantía sobre inmuebles, valores o derechos.
- . Fideicomisos de administración de inmuebles.
- . Fideicomisos para desarrollos turísticos e inmobiliarios.
- . Fideicomisos simples de inversión.
- . Fideicomisos con base en pólizas de seguros.
- . Fideicomisos con base en reservas de primas de antigüedad y planes de pensiones.
- . Fideicomisos con base en planes de incentivos al personal de las empresas.
- . Fideicomisos de inmigrantes rentistas.
- . Fideicomisos testamentarios.
- . Fideicomisos en favor de instituciones culturales, deportivas, sociales, artísticas, etc.

El autor de esta enumeración advierte que "... ni la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ni la Ley de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, establecen clasificaciones ni reglas para agupar las operaciones fiduciarias", y que "esta enumeración puede dar una idea de la amplitud de usos prácticos del fideicomiso que operan... los bancos mexicanos..." (21).

2.4. Otras Clasificaciones.

Otros autores clasifican el fideicomiso bien sea distinguiéndolo entre los que **sirven a la empresa** y los que **sirven al individuo** (22), y entre nuestros autores la tipología de los fideicomisos solo tiene un ánimo docente, expositivo, sin ninguna relación con los datos de la realidad financiera, en la mayoría de los casos. Revisten importancia, desde el último punto de vista las clasificaciones que nos presentan los siguientes autores:

2.4.1. La de Sergio Rodríguez

La clasificación de este autor es mas bien un censo de las posibilidades que ofrece el negocio fiduciario según sus fines, razón por la cual en nada superaría o nada agregaría a la que ya registramos en el punto 2.3. anterior. El autor mencionado establece estos fideicomisos, desde esa perspectiva:

- . Fideicomiso de Administración.
- . Fideicomiso de Inversión.
- . Fideicomiso de Garantía.
- . Fideicomiso Testamentario.
- . Fideicomiso de Seguros.
- . Fideicomisos de Desarrollo.
- . Fideicomisos Inmobiliarios.
- . Fideicomisos Prestacionales o de Fondos de Pensión.
- . Fideicomisos del Gobierno.
- . Fideicomisos de Nacionalización (23).

2.4.1. La de Ramiro Rengifo

La clasificación de Rengifo tiene en cuenta las finalidades de los fideicomisos y los tipos identificables con base en nuestra ley positiva, así:

- . Fiducia privada y pública: “La primera para beneficio de una o más personas debidamente especificadas; la segunda, en favor de entidades de beneficencia o utilidad común”.
- . “Dentro de la fiducia privada es perfectamente concebible una para satisfacer cometidos de carácter **familiar... para fines comerciales o industriales... o una de garantía...**”.
- . Fiducia revocable o irrevocable.
- . Fiducias permitidas y prohibidas. Y entre las últimas, la secreta, la sucesiva, la que supere veinte años y la que se acuerde en fraude a terceros (24).

Estas clasificaciones carecen de rigor, es decir, no tienen elementos distintivos claros y uniformes, lo que es apenas la cosecuencia de ser el fideicomiso una estructura formal jurídica apta para realizar la serie más indeterminada e inesperada de negocios.

Sin embargo, estas clasificaciones nos revelan, por lo menos, los negocios probables o usuales, alrededor de los cuales se producirá la consolidación de la fiducia en Colombia.

3 NEGOCIOS QUE HAN HECHO O HACEN LAS FIDUCIARIAS EN COLOMBIA: DATOS DE LA PRACTICA.

Con el fin de establecer las áreas en que el fideicomiso ha tenido alguna dificultad estrictamente jurídica es necesario tener una idea, por lo menos aproximada, de la clase de negocios que han hecho y hacen efectivamente las sociedades fiduciarias y, como resultado de ese estado de la cuestión, declarar qué negocios no hacen o no quieren hacer las fiduciarias.

Para lo anterior, dentro de la encuesta mencionada en otra parte, recogimos esa información en las sociedades fiduciarias mas representativas del mercado y si tomamos en cuenta los tipos de negocios que han hecho o hacen, salvo las dudas relacionadas con el fideico-

miso de garantía —dudas de la Superintendencia, obviamente podríamos proponer como conclusión que no hay un negocio fiduciario que no hayan podido realizar las Sociedades Fiduciarias por escollos jurídicos de carácter insalvable. Quienes debatirán los aspectos comerciales y de marketing le contarán a esta misma audiencia que hay una serie de negocios que no han efectuado y que probablemente no harán, por razones de **factibilidad comercial** y por **falta de imaginación** (Y la imaginación se aguza, lógicamente, con el estudio y la investigación). Y contra esos dos escollos nada puede hacer el más despierto e imaginativo asesor jurídico.

Aclaremos, también, que las experiencias no son puras, o típicas porque, como varias veces lo hemos dicho, la realidad es mas compleja y heterogénea que la ley y las exposiciones de la doctrina. Por eso, la lista presinde de los matices y de las combinaciones advirtiendo, también, que es casi de rutina que marchen unidos y se mixturen la **inversión** y la **administración**. Ser mas específicos y entrar en más detalles sería, como agudamente lo advirtió una Asesora Jurídica, “suministrar la lista de clientes”.

3.1. Fideicomisos Inmobiliarios

La experiencia en este fideicomiso es amplia. Una fiduciaria, especialmente, tiene el mérito de haber colonizado el mercado al tomar la decisión heroica de contratar un complejo fideicomiso inmobiliario, recién obtenido su permiso de funcionamiento. Los fideicomisos inmobiliarios revelaron las siguientes características generales:

No han sido totalmente satisfactorias para las Fiduciarias aquellas experiencias en que han asumido o han tenido que asumir la **construcción** y **salvo una o dos fiduciarias, la tendencia es no comprometerse en la parte técnica** y quedarse al margen de esas responsabilidades.

Esto decepciona un poco porque siempre nos hablaron del **control técnico** y de la **asunción de la responsabilidad por la obra**, como una de las virtudes o atractivos de estos fideicomisos. Pero la realidad es que las Fiduciarias que han tenido que construir, por cualquier razón, no quieren volverlo a hacer.

Una conquista de la presencia de las Fiduciarias en el negocio inmobiliario es la introducción de “la venta de inmuebles sobre planos”, contra todas las reservas y preocupaciones de las Aseso-

rías Jurídicas, fuera de que el sistema ha facilitado el pago de las cuotas iniciales, con su distribución en la primera etapa del respectivo programa de construcción.

El fideicomiso inmobiliario ha tropezado con algunas confusiones respecto a las actividades de las Sociedades Fiduciarias que sin ser constructoras se las trata como tales para los efectos de la vigilancia estatal, pues la misma Superintendencia Bancaria insiste en controlar estos negocios por la División de Vivienda... además del control que ejerce por la División de Bancos. Y dentro de la idea tradicional que mas vale plegarse a un requisito insensato o excesivo del órgano contralor, que discutir sus imposiciones muchas fiduciarias se han allanado al diligenciamiento de inscripciones, registros y a la tramitación de permisos exclusivos de los **constructores**, sin serlo, en los casos observados.

Finalmente, la actividad de las Fiduciarias en el fideicomiso inmobiliario parece evolucionar a la **administración de recursos**, a la coordinación general y al cubrimiento de las deficiencias transitorias en la tesorería del Proyecto, encauzando recursos de cortísimo plazo para reducir o controlar los costos financieros.

3.2. Fideicomisos de Inversión

El fideicomiso de inversión es el manejo de dinero de los fiduciantes para aplicarlo a los fines predeterminados, ya que si se trata de la simple captación de dinero, con destinación libre y con una garantía de rendimientos, lo que tendríamos sería una típica operación de otro ente financiero, no de una Sociedad Fiduciaria.

Sin embargo, el dato inicial es equívoco porque tiene la apariencia de una **operación de captación** —recibirle dinero al público—, razón por la cual la Superintendencia Bancaria no deja de manifestar sus preocupaciones y de anunciar una reglamentación que, estamos seguros, no podrá decir más de lo que ya es una conclusión de las Fiduciarias, de lo que es la actual configuración de este fideicomiso, en la práctica. En efecto, se observa lo siguiente:

En el comienzo la operación fué una simple captación de dinero con inversión libre y con la garantía de rendimientos, experiencia igual a la mexicana —solo que ellos la vivieron hace 40 años (25)— lo que dió como resultado que muchas de nuestras Fiduciarias acabaran manejando tantos procesos ejecutivos como el mas im-

providente banco comercial y que tuvieran que formar fila con los ávidos inversionistas de las primeras entidades financieras intervinidas. Hoy, con satisfacción para todos —y para tranquilidad de los usuarios de los servicios fiduciarios y de la Superintendencia Bancaria— podemos declarar que esos riesgos están superados

Al contrario de lo que a veces se cree, este fideicomiso no está prohibido, como tampoco reglamentado. La observación de la realidad —nuevamente la encuesta— nos mostró una franca evolución hacia el abandono de la garantía de rendimientos y del desplazamiento hacia fines distintos de la inversión libre del dinero, como la compra de muebles o inmuebles, por ejemplo. En efecto, una característica notable del fideicomiso inmobiliario es que los compradores de las futuras unidades inmobiliarias se vinculan con un típico fideicomiso de inversión específica: la compra de unos inmuebles determinados o al menos determinables sobre planos.

No queremos que este foro, ni mucho menos la Superintendencia Bancaria, queden sensibilizados en contra del fideicomiso de inversión. El manejo de dinero seguirá siendo de la esencia de este fideicomiso y hemos encontrado en la práctica la llamada **Oferta Comercial** como una sub-especie de este tipo de negocios, aplicada a la colocación rápida, fugaz, de masas de dinero considerables en operaciones que nos parecieron sustitutivas de las llamadas en otra época “mesas de dinero”. Estas experiencias nos llevaron, finalmente, a la siguiente reflexión: los usuarios del sistema financiero institucional quedaríamos más tranquilos si ciertos excedentes que tienen destinaciones específicas —como los de las “bonanzas”, por ejemplo— se manejaran por el fideicomiso de inversión.

3.3. Fideicomisos de Administración

Cuando se trata de manejar bienes y destinar sus productos a un fin o persona determinados, la transferencia de bienes puede resultar excesiva, razón por la cual, en esos casos, la solución es el fideicomiso de administración, con la tenencia precaria de los bienes, sin que riña, obviamente, con este fideicomiso, la traslación de dichos bienes a la Sociedad Fiduciaria.

El fideicomiso de administración es un género divisible en tantas especies, cuantos fines o clases de bienes comprenda cada caso concreto. Por eso se oirá hablar de administración de valores, de bienes muebles o inmuebles, de fondos con destinación a la agricultura, de

activos de una empresa en concordato, de bienes con destinación familiar, de administración de contratos y, en fin, de otras especies que harían esta lista interminable.

Hasta el Código de Comercio de 1.971 solo se tenía la experiencia de sociedades profesionales en la administración de inmuebles, razón por la cual el mérito de las Fiduciarias, en el fideicomiso de administración, ha sido poder ofrecer un esquema aplicable a la administración de cualquier bien, por particular o especial que sea. Atentos a estas posibilidades, los casos concretos observados son heterogéneos y entre ellos vale la pena destacar los siguientes:

La administración de recursos captados por los fondos de Empleados con el fin de otorgar préstamos para vivienda.

La administración y venta de muebles e inmuebles recibidos por otras entidades (las fiduciantes) a título de daciones en pago. Ha sido tan agudo el problema creado por la explosión de procesos ejecutivos, que si bien las daciones en pago se convirtieron en la fórmula de estilo para terminar dichos procesos, precaver los remates judiciales o para hacer transacciones prejudiciales, ello mismo obligó a los bancos y a ciertas corporaciones a improvisar Departamentos de Comercialización y al gobierno a dictar una Resolución de la Junta Monetaria para destinar cupos de crédito con el fin de que los bancos —que por esa vía empezaban a parecerse a los Almacenes Generales de Depósito— pudieran vender lo que habían recibido a título de daciones en pago. Al lado de lo anterior, finalmente se llegó a lo obvio y muchas entidades financieras encargaron esas gestiones a las Sociedades Fiduciarias con evidentes ventajas, desde todo punto de vista.

La administración de bienes de toda clase, como resultado de acuerdos concordatorios. Cuando se plantean las fórmulas concordatorias casi siempre hay que renover a una administración, controlar una gestión, hacer ventas parciales de activos y, en todos esos casos, la práctica demuestra las bondades de la presencia de una Sociedad Fiduciaria en un ambiente en donde los acreedores interesados han perdido la **confianza** en sus antiguos clientes. En estos casos, mejor que en otros, el deudor y los acreedores compran un poco de confianza y la recuperación de la tranquilidad perdida en el trámite concursal.

Fiducias para la administración de contratos. Una regla de oro del Derecho de las obligaciones es que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fé. La experiencia nos enseña que más difícil que interpretar la norma jurídica puede ser interpretar —entiéndase ejecutar, cumplir, aplicar— ciertos contratos redactados directamente por los clientes o en forma unilateral o excesiva por los asesores, de cualquier clase. La práctica fiduciaria demuestra la conveniencia de que ciertos contratos de tracto sucesivo, de resultados periódicos, de obras, de suministros, sean ejecutados con una supervisión o control fiduciario, sacando del dominio de las partes las susceptibilidades y las pequeñas o grandes discusiones alrededor de la fase ejecutiva de los contratos y precaviendo el ejercicio abusivo del poder contractual. La intervención de las Fiduciarias, en estos casos, es un excelente medio para recuperar, para la parte no dominante, el equilibrio del poder contractual.

Muy interesantes pueden resultar los planes de una Fiduciaria que próximamente encauzará parte de su actividad al manejo de ciertos **contratos administrativos**. La gestión fiduciaria en este caso incluiría el manejo de dinero, la supervisión de las inversiones y de la obra, el control de la calidad y, en fin, el cumplimiento cabal del contrato o la certificación o declaratoria de incumplimiento sobre bases ciertas, profesionales, libres de la contaminación efectiva y política... hasta donde ello sea posible.

Fideicomisos para la administración de donaciones. Inesperadamente han vuelto a ponerse de moda las donaciones y con gran preocupación, a raíz de la tragedia reciente, no deja uno de pensar si buena parte de nuestra suerte ha quedado librada a la generosidad de los donantes y si alguna parte de los programas de cualquier gobierno apelan tácitamente a lo que se recauda por la vía de las donaciones, especialmente en situaciones de emergencia.

En fin, sea lo que fuere, nos parece que tenía mucho sentido práctico el esfuerzo que hizo una Fiduciaria para diseñar un fideicomiso encaminado a darles a los donantes la tranquilidad sobre el buen destino de sus donaciones y a los donatarios la certeza y seguridad de su aplicación y de su administración lucrativa, tomando en consideración que hay una serie de recursos internacionales que a veces no pueden ser debidamente orientados a las entidades de carácter social, asistencial, educativas o científicas que los requieren porque su estructura o administración no les merecen confianza

a los donantes. Para justificar este fideicomiso formularía esta pregunta: ¿tiene usted absoluta certeza y tranquilidad sobre el buen destino de su última donación?

3.4. Fideicomisos de Garantía

Este es el fideicomiso más debatido, más estudiado, más conocido ... y el menos ejecutado. El conocimiento y la erudición que hoy por hoy se tienen sobre este negocio son inversamente proporcionales a su realidad práctica. Y, al lado de lo anterior, su necesidad y su viabilidad, son verdades incuestionables que nos ofrece la realidad.

Comprobada, pues, la extraordinaria “experiencia” conceptual y teórica, no voy a cometer la insensatez de agregar una opinión más o de dar un concepto mas. Este Foro, incluida la Superintendencia Bancaria, debe declarar superadas todas las dudas (26) sobre este fideicomiso y facilitar su desarrollo pleno, a partir de este momento.

Sin embargo, quiero hacer una pequeña contribución al desarrollo de este fideicomiso revelándole a este Foro que El 9 DE JULIO DE 1.982 LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA APROBO EL FIDEICOMISO DE GARANTIA, tal y como consta en la comunicación No. 25416 del Señor Superintendente Bancario, Primer Delegado, de ese momento, doctor LUIS GUILLERMO CANDELA, cuya fotocopia —para tranquilidad de incrédulos— incorporo como el Anexo No. 1 de este documento.

Lo anterior lo obtuvimos siendo yo Consultor externo de la Fiduciaria COLMENA y el modelo o proforma de contrato aprobado por el órgano contralor puede leerse al final, ya que constituye el Anexo No. 2 de esta ponencia.

Las observaciones que formula la Superintendencia Bancaria al modelo de contrato —véase el Anexo No. 1— no afectan el diseño original del negocio, pues son gentiles e inútiles observaciones que, obviamente, deben ser acatadas.

Con base en lo anterior, invito a esta Asamblea a que nos vayamos con tranquilidad de que el fideicomiso de garantía no es un negocio ilícito, es útil, es viable y se encuentra aprobado por la Superintendencia Bancaria desde el 9 de julio de 1.982. Como lo que sigue será refinar —no alargar, ni enredar— las formas contractuales que van a recoger los fideicomisos de garantía, retribuyo a este Foro

parte de la extraordinaria gentileza que tuvo conmigo el abogado mexicano Juan Suayfeta y pongo a disposición, como el Anexo No. 3 de mi ponencia, el modelo del contrato de fideicomiso de garantía utilizado en forma tranquila, sin ningún sobresalto del Organismo Contralor, por una entidad mexicana.... desde hace cuarenta años.

Dejo librada a la iniciativa de los panelistas cualquier complemento que resulte útil a los géneros o especies anteriores y así como esta observación de la realidad nos muestra lo que hacen las Fiduciarias, también nos insinúa lo que **no hacen, no pueden o no quieren hacer**, aspectos que se tratarán, en alguna medida, en los puntos siguientes, o que constituyen la materia propia de otras ponencias.

4. DIFICULTADES GENERALES PARA EL DESARROLLO DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN COLOMBIA.

En esta parte del documento intentaremos establecer algunos factores o circunstancias que constituyen **dificultades generales** para el desarrollo de fideicomiso, con la aclaración que muchas de ellas ya fueron detectadas en otras oportunidades, por otros comentaristas del tema. Lo único que registramos nosotros es la supervivencia de tales factores y circunstancias.

4.1. El facilismo del Fideicomiso de Inversión

No es un secreto que el negocio fiduciario se ha desarrollado a la sombra de la captación de dinero, en operaciones encubiertas bajo la figura del **fideicomiso de inversión** y a ello no ha escapado la experiencia colombiana. En efecto, en un determinado momento —que creemos superado— las fiduciarias dedicaron lo mejor de sus esfuerzos a una serie de negocios que, cualquiera fuera la etiqueta para entretener a la Superintendencia Bancaria, eran mera captación de dinero con la garantía, inclusive, de un rendimiento mínimo. Esto ocurrió, obviamente, en un momento en que se vivía la más frenética especulación financiera, de cuyos efectos no acaba de reponerse totalmente la intermediación institucional.

Y mientras las Sociedades Fiduciarias se dedicaban a la simple captación de dinero perdieron un tiempo precioso que se necesitaba para el estudio y la promoción de negocios verdaderamente fiduciarios.

Hoy el fideicomiso de inversión ha tomado nuevos rumbos y se observan interesantes negocios que tienen como denominador común

que la inversión no es libre, está reglada por fines precisos, indicados por el fiduciante, y las fiduciarias poco a poco se han desprendido de la garantía de rendimiento que venían otorgándole al fiduciante en forma abierta o velada (27).

4.2. Una Dificultad Estructural: El Fideicomiso no tiene mayor Desarrollo en una Comunidad Pauperizada.

No es un secreto la exigua capacidad de ahorro del colombiano por el deterioro de sus ingresos y de su capacidad adquisitiva, lo que constituye una barrera al desarrollo del fideicomiso —y de otros negocios, por supuesto—, razón por la cual varios comentaristas de estos temas han planteado abiertamente “... que no se puede negar que el fideicomiso sirve a un sector reducido de la sociedad, con una capacidad económica fuera de la persona promedio, según nos revelan los estudios que se han realizado sobre este particular, lo cual hasta cierto punto ha creado una imagen elitista” (28) tanto para el fideicomiso como para las sociedades fiduciarias.

Si el negocio fiduciario tiene como clientela un sector de la sociedad con una capacidad apreciable de ahorro, con una especial sensibilidad para las soluciones preventivas y si, por otra parte, esa capacidad de ahorro sufre un creciente deterioro, ¿Desaparecerá el Fideicomiso? No, de ninguna manera. Lo que ocurrirá, probablemente, será, que las sociedades fiduciarias tendrán que proponer y lanzar negocios de trámite masivo que, sobre la base de lo que llaman los Aseguradores “los grandes números”, conquisten una franja de clientela, caracterizada por una modesta capacidad de ahorro.

Ese será el reto de los inexistentes Departamentos de Investigación y Marketing de las Sociedades Fiduciarias. Sin embargo, llama la atención que negocios encaminados a canalizar el ahorro para fines educativos, por ejemplo, están siendo desarrollados, en este momento, en forma imaginativa y halagadora por algunas sociedades de inversión y por algunas aseguradoras, cuando debieran ser negocios típicos y propios de las Sociedades Fiduciarias. Esto nos indica que hay un mercado potencial para ciertos negocios de trámite masivo y si las Fiduciarias no los hacen, otras instituciones los harán.

4.3. Falta Divulgación y Conocimiento de la Fiducia

Lamentamos tener que repetir esta dificultad que es un verdadero estribillo de toda reunión sobre el fideicomiso: sigue existiendo un

conocimiento insuficiente de la fiducia y una divulgación inadecuada de sus posibilidades.

Algunas fiduciarias, individualmente, han hecho esfuerzos aislados para romper el desconocimiento de estos negocios, esfuerzos que han resultado insuficientes a la vista de lo que se observa actualmente. Y mientras los responsables de las Sociedades Fiduciarias saben y conocen cada vez más del fideicomiso, pareciera ser que la ilustración que tiene el público y los potenciales fiduciantes es inversamente proporcional al profesionalismo, habilidad y hasta erudición que se observa en el actual cuerpo dirigente de las Fiduciarias.

En mi ejercicio profesional he fracasado en dos intentos, por lo menos, al tratar de canalizar bienes materia de unas transacciones judiciales o vinculados a un proceso, a dos fideicomisos. Una suma de dinero que debía entregarle un cliente a su concubina para satisfacer los alimentos de un menor —y como subproducto de la liquidación de una sociedad comercial de hecho—, acabó invertida en una cancha de tejo, y tengo serias dudas sobre la manera como es atendida la manutención de ese menor. Cuando se propuso un fideicomiso para la seguridad de ese dinero y el cumplimiento de los fines mencionados se despertó una cierta sospecha sobre mi proposición y sobre la Fiduciaria interesada en ese negocio. En otra ocasión, al quedar trabados unos dineros en un proceso ejecutivo, propuse el levantamiento de ese embargo y secuestro, y la colocación de esos dineros en forma productiva en una Fiduciaria para que esta los entregara conforme a lo que se resolviera en el auto definitorio de las excepciones. Esta vez, el desconocimiento de la institución y la intransigencia de un colega hicieron que una suma apreciable de dinero permaneciera improductiva para ambas partes, durante casi un año (29).

En fin, podríamos multiplicar los ejemplos de lo que ocurre por el desconocimiento de la fiducia y de sus posibilidades y deben excusarme los dos ejemplos anteriores, pero lo que me ha ocurrido ... es lo que mejor conozco.

4.4. El Derecho Positivo, sus Lagunas e Insuficiencias: Dificultad o Mito.

A la manera de un pretexto para que se reflexione sobre el tema, quiero expresar ahora mis dudas sobre la reiterada crítica a la forma

cómo quedó reglamentada la fiducia en el C. de Co. Mi opinión tal vez desaliente a los organizadores de este Foro pero no soy tan ingenuo como para esperar efectos mágicos de una legislación hipotéticamente perfecta. Todos los días, en los estrados judiciales, puede uno observar lo que queda de las leyes más perfectas y de las instituciones más finamente concebidas en lo formal jurídico.

La norma es un esquema de reflexión de la realidad, incompleto y cuyo resultado final incorpora las virtudes y las limitaciones de quienes la interpretan, sin que penetremos en los precios que la interpretación le paga a las virtudes y miserias de cada intérprete y, en forma creciente al **clima político** en el que vive el intérprete.

No conozco algo más imperfecto sobre el fideicomiso que la legislación mexicana y, sin embargo, todos no tenemos que declarar deudores de ese Derecho, en alguna medida, tratándose del fideicomiso... La conclusión a la que se ha llegado en ese país es que jamás volverá a darse un desarrollo tan espectacular de una institución tan confusa y precariamente concebida desde el punto de vista legislativo (30).

El país está en mora de archivar innumerables proyectos que buscan reformar y mejorar nuestra legislación comercial. Sobre el punto ya me pronuncié en otra ocasión (31) y cada vez estoy más convencido de que en estas materias no necesitamos legisladores sino rigurosos e imaginativos intérpretes —y eso no es contradictorio— y audaces, en el mejor sentido del término, Gerentes Fiduciarios. Este documento, pues, no contribuirá a una nueva explosión legislativa.

4.5. Aspectos Desafortunados y Exageraciones en la Presentación Inicial del Fideicomiso.

Las instituciones jurídicas tienen una suerte a veces extraña —y hasta injusta— vinculada a su presentación inicial, a las exageraciones de sus auspiciadores, a los despistes y errores de los profesores universitarios y a los tropiezos que sufre su incorporación al Derecho Positivo, razón por la cual he creído, si no necesario por lo menos útil, registrar algunas circunstancias que, según mi opinión, crearon dificultades en la comprensión y en la aplicación del fideicomiso.

4.5.1. La Naturaleza Jurídica:

Si bien es cierto que se observa una tendencia en el derecho privado a la **tipicidad** —a despecho de los penalistas, quienes creyeron que

era un asunto de su exclusividad—, el análisis de la **naturaleza jurídica** de una institución va quedando reservado para que los comentaristas establezcan los géneros próximos y las diferencias específicas, con el fin de iniciar estudiantes y de presentar las instituciones prototípicas de cada área del Derecho. Con frecuencia olvidamos que la realidad vital no es esquemática ni arquetípica sino anárquica, llena de zonas grises y de instituciones que se mueven en lo que podríamos llamar —con el título de una vieja Revista—, “zonas fronterizas”.

Para manejar innumerables y variadas operaciones, Oficinas como el Registro de Instrumentos Públicos, las Notarías y la Administración de Impuestos tienen que esquematizar y reducir la vida práctica a una serie de patrones a los que nos obligan a **conformar la realidad** para efectuar un registro o recaudar un tributo, en un ejercicio inverso y a contramano del método y de los fines del Derecho.

Pues bien, en casos como los anteriores fracasa y tiene que fracasar la calificación y ubicación de ciertos fideicomisos y con frecuencia, a raíz de dificultades prácticas como esas, se estimula el estudio de la **naturaleza jurídica** del acto en cuestión, tarea inútil en lo intelectual y en lo práctico (32).

De la manera como parece que ya se resolvió que la Carta de Crédito es la Carta de Crédito, que el Leasing es el Leasing, debe declararse de una vez por todas que la Fiducia es la Fiducia y, si por ejemplo, se le agrega una columna al Folio de Matrícula Inmobiliaria se termina el debate sobre la **naturaleza jurídica** de estos actos, debate en el que se traban, en forma reiterada, las Fiduciarias y las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, en el caso mencionado.

4.5.2. El Fideicomiso como Panacea:

Paradójicamente, la exageración de las virtudes y de las posibilidades del fideicomiso puede constituir una dificultad adicional y si bien es necesario seguir divulgando la institución y sus aplicaciones ya es hora de que se declare terminada la etapa lírica de su incorporación al Derecho colombiano en la que un comentarista estuvo a punto de colocar al país en fideicomiso (33). Esas exageraciones crean una gran frustración cuando la realidad nos presenta, agresivamente, las limitaciones.

El fideicomiso convive con el resto del Derecho Positivo y no siempre resulta conducente con la situación concreta; o muchas veces,

siendo conducente, no es la vía más económica, o más ágil desde el punto de vista documental, o más estratégica dadas las circunstancias del caso bajo examen.

La parte artística del ejercicio profesional de todo abogado, especialmente del comercialista, es seleccionar la vía más clara, segura y económica par solucionar en una forma práctica un problema práctico. Y entre más se ejerce la profesión de abogado más se encuentra uno con casos que no tienen solución con el repertorio formal jurídico.. ni siquiera con el fideicomiso.

4.5.3. El Fideicomiso como Institución para las Crisis:

Este parece que fué otro error en la presentación del fideicomiso. Un banquero —gran profesional y excelente conocedor de estos negocios— nos refería la sorpresa que experimentaban algunos clientes al plantearles la solución fiduciaria, porque la poca o mucha información que tenían esos clientes vinculaba la fiducia, inexorablemente, a una crisis, bien fuera familiar, personal o empresarial.

Obviamente, esa no fué la intención de quienes lanzaron y presentaron el fideicomiso. Pero hay que admitir que si a una comunidad se le transmite un discurso sobre algo, encaminado en forma exclusiva o preferencial hacia los huérfanos, las viudas inhábiles, los quebrados —encubiertos bajo la fórmula concordataria naturalmente—, o que tiene un diseño a partir de la muerte de alguien, es previsible que la comunidad se forme una idea funeraria del objeto de ese discurso. Y quien llegue a contar o a sugerir que esa institución también tiene aplicación en el éxito y en situaciones pacíficas... habrá llegado tarde.

Sin embargo, más que registrar una dificultad, queremos llamar la atención sobre el énfasis predominante que ha tenido esta etapa apostólica del fideicomiso.

5. DIFICULTADES PARTICULARES PARA EL DESARROLLO DEL FIDEICOMISO.

Al lado de los factores constitutivos de dificultades generales, que acabo de exponer, podemos identificar otros que son escollos **particulares**, grandes o pequeños, pero en todo caso efectivos, para el pleno desarrollo y consolidación del negocio fiduciario en Colombia.

Lógicamente, algunos aspectos son lugares comunes a los que no

hemos podido escapar porque su persistencia en la realidad nos obliga a repetirlos en este trabajo, con el peligro, evidente, de que todos caigamos en la monotonía. Adicionalmente debo advertir que incluyo algunas circunstancias que no son dificultades, en estricto sentido sino, más bien, coyunturas que hasta ahora no han sido aprovechadas por las Sociedades Fiduciarias y que de aprovecharse mejorarían su capacidad competitiva y facilitarían el diseño de fideicomisos que puedan competir con otros negocios similares que desarrollan otras instituciones y que por su tipología están llamados a ser materia privativa de las Sociedades Fiduciarias, en su sentido amplio.

5.1. ¿La Superintendencia Bancaria?

Toda crítica al órgano contralor de una actividad financiera depende de la noción que tengamos o de lo que temperamentalmente nos parezca que debe ser la función, el método o el simple estilo del órgano y del funcionario contralor. Simultáneamente hay que tener en cuenta que el poder discrecional tan grande como el que tiene el Superintendente Bancario desdibuja, muchas veces, la línea divisoria entre lo que es **controlar** y lo que es **intervenir** una determinada actividad (34).

Sea lo que fuere, en todo caso, la función contralora implica simultáneamente un deber de **colaboración** ya que el objetivo final no es paralizar o fustigar las actividades y la conducta de los vigilados sino orientar y estimular el desarrollo de esas actividades.

Bajo mi responsabilidad, pues no soy vocero, ni consultor de ninguna Fiduciaria, me atrevería a indicar los siguientes puntos como los más generales o sobresalientes, en cuanto constitutivos de dificultades para el desarrollo del negocio fiduciario o, desde otro punto de vista, para una normal y eficaz actividad de las Sociedades Fiduciarias, provenientes de la Superintendencia Bancaria:

La actitud general de la Superintendencia es de una permanente **sospecha** sobre estas actividades de tal suerte que, en ocasiones, antes que tomar en consideración la parte dinámica de las consultas, informes o solicitudes, su trabajo recuerda la cacería de brujas, con resultados tan hábilmente elaborados como el primer concepto sobre el fideicomiso de garantía (véase la Nota No. 26 de este documento), actitud que ha llevado a las Fiduciarias, por ejemplo, a la utilización de un lenguaje "cifrado" y a que no se atrevan a llamar las cosas por su nombre, con la esperanza de que

la Superintendencia no empiece a ver lo que jamás se quiso decir. El caso sería —y tengo por qué afirmarlo— el de rótulos tan extraños y en buena dosis estúpidos que hemos tenido que colocarle a negocios como el “Fideicomiso para el pago de un crédito” y la “Oferta Comercial”.

Hay un segundo factor que constituye una dificultad proveniente de la Superintendencia Bancaria y es la extraordinaria rotación de los funcionarios que administran esta parte del control, que trae como resultado que cada nuevo equipo de trabajo llega a “descubrir” el fideicomiso y a ejercer sus funciones contraloras por el método mas sencillo e ineficaz: no decidir, no permitir, obstaculizar, no conocer lo que se ha hecho en quince años de fiducia mercantil y no tener calro lo que no han hecho en esos mismos quince años.

Adicionalmente, o como un consecuencia de lo anterior, ciertas confusiones conceptuales y las interpretaciones cerreramente literales de las normas son otras actitudes del órgano contralor que dificultan el desarrollo o la simple factibilidad de algunos negocios fiduciarios. De lo primero puede ser un ejemplo el histórico —en el peor sentido del término— concepto de 1974 sobre el fideicomiso de garantía (nuevamente, véase la cita No. 26 de este documento), y de lo segundo, la exigencia de contabilizar uno a uno cada fideicomiso, que si bien tiene fundamento legal, su finalidad no es el preciosismo de los libros de contabilidad sino la garantía de información para los fiduciantes y los fideicomisarios, objetivo que puede obtenerse por otras vías, sin necesidad de plantear requisitos contables imposibles de cumplir.

Creen algunas Fiduciarias que se debe contar con algunos reglamentos mínimos para el manejo de la fiducia mercantil y hasta traslucen la expectativa y angustia que crea la Superintendencia con el anuncio —que en verdad se percibe como una amenaza— de la promulgación de ciertos reglamentos, como es el caso del que se referirá al fideicomiso de inversión. Nuevamente está en el fondo del asunto, “en el revés de la trama” el problema de definir para qué, qué sentido tienen estos reglamentos, y si se trata de dificultar las cosas, mejor es que no existan mas reglamentos para la fiducia mercantil.

Lamento no poder ofrecer por conocimiento directo la visión de la Superintendencia, pero la susceptibiliad o la negligencia de un fun-

cionario de esa repartición oficial no nos permitieron el acceso a su punto de vista y a la manera actual de concebir estos asuntos.

5.2. ¿El temor a testar? ¿El desconocimiento del Derecho de Sucesiones?

Hay una serie de fideicomisos vinculados con los bienes de la herencia, bien sea por su **destino**, o por su **administración**, que no han tenido ningún desarrollo y que parecieran no interesarle mucho a las Sociedades Fiduciarias.

Este es el caso de las posibilidades que tienen las Fiduciarias de ser **Albaceas** y especialmente **Albaceas Fiduciarios**, o de ser destinatarios de la totalidad o de parte de la herencia, en calidad de propietarios fiduciarios, para que una vez los bienes se encuentren en su poder los puedan administrar, aplicar los productos de esa administración a los fines señalados y, posteriormente, transferirlos a quienes tengan derecho a ellos de acuerdo con la voluntad testamentaria que, lógicamente, debe respetar las limitaciones legales.

La encuesta nos reveló un relativo desconocimiento y desinterés de las Fiduciarias por estos negocios y los datos recolectados nos despiertan la sospecha de que poco o nada saben las Fiduciarias sobre el Derecho Sucesoral, lo que nos sugiere las siguientes reflexiones, observaciones y recomendaciones:

Las posibilidades de estos negocios se encuentran, necesariamente, a partir de un testamento y ahí parece existir un primer tropiezo, pues el colombiano no tiene una inclinación natural a testar, acto jurídico que, como lo describía un Profesor de Sucesiones (35) es el más dramático y heroico porque coloca a la persona ante la posibilidad inexorable de su muerte y el despojo definitivo de la **totalidad** de sus bienes.

Sin embargo, la experiencia testamentaria no debe ser analizada **cuantitativamente** (número de testamentos) sino **cualitativamente**, esto es, tomando en consideración la magnitud e importancia, de las herencias. Para que no se engañen las Sociedades Fiduciarias, este **no** será un fideicomiso de trámite masivo y uno solo o unos pocos fideicomisos testamentarios al año pueden justificar plenamente cualquier esfuerzo por investigar y divulgar los alcances y las ventajas de estos negocios.

Una primera posibilidad de intervención de las Sociedades Fiduciarias en los bienes de la herencia es como Albaceas, esto es, como ejecutores testamentarios que pueden tener la administración de los bienes (Arts. 1327 y ss. del C.C. y especialmente el 1353).

Otra posibilidad mas interesante y que hoy no la concebiríamos sino en cabeza de una Sociedad o Sección Fiduciaria (Ley 45 de 1923) es la presencia en la sucesión testada como **Albacea Fiduciario**, concepto viejo en el Derecho Civil que se refiere a un executor testamentario que realiza un encargo secreto del testador, comunicado al Albacea fuera del testamento, que puede tener como objeto hasta la mitad de la cuarta de libre disposición y de cuya gestión no puede ser obligado a rendir cuentas (Cfr. arts. 1368, 1370 y 1373). Hoy en día, sería una insensatez no instituir como Albacea Fiduciario a una Sociedad Fiduciaria y este encargo, gestión o fideicomiso, sería la única excepción legal a la prohibición general de los fideicomisos secretos, pues como queda claro, es de la esencia del Albaceazgo Fiduciario (noción del C.C., no del C. de Co.) la mas absoluta confidencialidad y la exoneración de cualquier rendición de cuentas.

Otra posible presencia de las Fiduciarias en el Derecho Sucesoral es como verdaderos propietarios de la herencia, bien sea totalmente o parcialmente y ésta tendría que ser la solución cuando los bienes relictos se encuentren bajo la forma de bienes adscritos o afectados a empresas o explotaciones comerciales cuya desmembración implicaría la terminación de la empresa, o sobre cuya administración sea previsible esperar desacuerdos o la intervención de herederos inhábiles o inescrupulosos. En estos casos se le trasmite la propiedad a la Fiduciaria para que la administre libremente y el proceso de sucesión se limitará a adjudicarle toda la herencia respectiva a la Sociedad Fiduciaria.

Parece que el conflicto es connatural al proceso de sucesión, razón por la cual, por más precauciones que tome el testador, siempre llegará el conflicto. Sin embargo, un esquema como la fiducia testamentaria puede minimizar los riesgos y las dificultades previsibles.

Finalmente —y son palabras del Profesor de Sucesiones que mencionamos— existe un extraordinario desconocimiento recíproco en estas materias. Los comercialistas no saben ni quieren aprender

derecho sucesorial; y los civilistas... ni siquiera han comprado el C. de Comercio.

En fin, conquistar este fideicomiso tiene las dificultades propias del desconocimiento de aspectos sencillos del Derecho Civil y la tarea inevitable de tratar con una persona que ajusta un negocio jurídico que tiene como condición, que se cumple inexorablemente, su propia muerte. Nuestros banqueros, en su sentido amplio, detestan la muerte y muchos de ellos creen que reflexionar sobre estos fideicomisos es tarea de "empresarios depompas fúnebres". No, nada de eso. Es trabajar con la realidad y ofrecerles a los herederos y al causante un esquema sencillo y transparente de proyección lucrativa de la herencia.

5.3. Necesidad de Combinar la Fiducia con Negocios Preparatorios. Cooperación de otras Entidades.

Si la Fiducia aspira a conquistar una franja de clientes con una modesta capacidad de ahorro tiene que vincular al negocio principal y final, que será un fideicomiso determinado, otros negocios preliminares, preparatorios y coadyuvantes del negocio principal y en esos casos puede resultar útil la combinación de varias operaciones y el aprovechamiento de los servicios de otras entidades vinculadas al mismo grupo financiero; por ejemplo.

Si se llegare a ofrecer un fideicomiso para que los profesionales o trabajadores independientes puedan disfrutar del equivalente de una pensión de jubilación, es posible que las sumas individuales no justifiquen fideicomisos particulares, pero si el negocio se masifica, cada año se dispondrá de una suma importante, globalmente considerada y si fuere necesario individualizar por tres o cinco años esos depósitos, podría pensarse en la posibilidad de utilizar como negocio preliminar o preparatorio de ese fideicomiso la vía de los depósitos a término o los depósitos en cuentas de valor constante, en entidades vinculadas con la misma fiduciaria, por ejemplo.

No pueden aspirar las fiduciarias a la atracción de un grupo de clientes con una capacidad de ahorro modesta planteándoles como única posibilidad inversiones o destinaciones que representan para esas personas el ahorro de cuatro o cinco años. Es necesario, con un poco de investigación y de educación, ofrecerles, en forma clara, una serie de negocios puentes, preliminares o preparatorios de futuras fiducias. O simple y llanamente presentarle a la comunidad de ahorradores unos negocios nuevos, mixtos encaminados a fideicomisos de

gran aliento y largo plazo. Uno de ellos, para empezar, sería un plan serio y razonable que termine la tradicional imprevisión de los profesionales independientes que un día ven terminada su capacidad laboral sin un fondo o renta para subsistir decorosamente en la tercera edad.

En resumen: Si las Fiduciarias combinan sus actividades con otros negocios jurídicos, podrían llegar a ofrecer el fideicomiso a una franja de clientes con una modesta capacidad de ahorro, lo que se compensaría con el manejo o trámite masivo de una fiducia concebida de esta manera.

5.4. La Individualización Contable de los Bienes Fideicomitados.

El Artículo 1.233 del C. de Co. dice:

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

Lo que plantea o exige el artículo 1.233 no se justifica por sí mismo, razón por la cual es necesario indagar la finalidad de ese requisito, aspecto que se encuentra inequívocamente enunciado en la misma norma: Darle efectos legales a la independencia de los bienes fideicomitados, sentando las bases para que se desarrolle la noción del patrimonio autónomo o especial. Los efectos legales de esta concepción son trascendentales para la suerte de los bienes fideicomitados ya que esa será la base para plantear la inembargabilidad de dichos bienes por obligaciones del fiduciante y para separarlos o excluirlos de la masa de la quiebra o liquidación tanto del fiduciante — a quien ya no pertenecen— como de la Fiduciaria.

Como es obvio, la norma comentada no tiene ninguna autojustificación ni está al servicio de refinamiento o exageraciones contables. Dentro de una visión sistemática del patrimonio fideicomitado esa y otras previsiones del legislador buscan la protección de tales bienes y lo que exige la ley es que la Fiduciaria esté en condiciones, por cualquier medio que sea, de probar fehacientemente que unos bienes determinados se encuentran bajo fiducia mercantil. En otras palabras, el artículo 1.233 no se dictó para reglamentar la forma o manera de suministrarle informes a la Superintendencia Bancaria sino, como es

evidente, para orientar o insinuar la morfología del patrimonio autónomo o especial que surge con la constitución de una fiducia mercantil.

5.5. La Persecución de los Bienes Fideicomitidos

Dice el Artículo 1.238:

“Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes. El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados”.

Me referían que un Profesor de la materia había encontrado más de veinte inquietudes alrededor de este artículo para sugerir una tesis de grado y ese colega probablemente tenía razón.

Independientemente de lo que se haya afirmado o conjeturado en este mismo trabajo, mi punto de vista sobre este temido artículo es el siguiente:

Se trata de un remedio extremo, excepcional, que nada tiene de novedoso, pues a pesar de su defectuosa redacción, es la reiteración de la **acción pauliana** que no es ni de **simulación**, ni de **nulidad** sino, simplemente, de **inoponibilidad** con la consecuencia práctica de la revocación del acto impugnando en beneficio exclusivo del demandante y no de los demás acreedores del fiduciante. Es decir, como corresponde a la naturaleza de la acción pauliana —y a diferencia de la acción oblicua— solo beneficia al demandante debidamente legitimado.

Y creemos firmemente que se trata de la acción pauliana porque si se tratara de una institución nueva, el legislador habría tenido que ser más explícito, y porque no es tarea del C. de Co. crear instituciones del derecho de las obligaciones (36). Lo más que puede hacer el Derecho Comercial es remodelar y agilizar las estructuras del Derecho civil, en materia de obligaciones; caso en el cual debe hacerlo indicando de manera **expresa y clara** las adiciones o exclusiones de requisitos, como ha ocurrido con la **actio de in rem verso** al aplicarla a los títulos-valores (C. de Co., Artículo 882) en que ha tenido que decir expresamente que ese remedio ex-

temo procede a pesar de la culpa del acreedor (haber dejado caducar o prescribir el título) lo que si bien se mira con perplejidad desde el Derecho civil, también se lo acepta con resignación ante la claridad y contundencia del texto mencionado (37).

Por lo anterior, no pueden existir dudas sobre la vía o rito procesal para llegar hasta esos bienes —a pesar de lo que se haya manifestado en otra parte de este documento— pues la ley civil, la jurisprudencia y el C. de P. C. son claros al respecto. Todo esto debe tramitarse por la vía del proceso ordinario y si caben o no medidas cautelares, será la ley procesal la que definirá ese aspecto.

Como todo remedio extremo del derecho, encaminado a destruir la seguridad que confieren ciertas relaciones jurídicas, la acción pauliana —como el abuso del derecho y la *actio de in rem verso*— está rodeada de tal cantidad de dificultades que según algunos solo existe en los tratados de obligaciones o queda relegada “a un importante papel preventivo: Impedir las enajenaciones fraudulentas al asustar a los terceros con la perspectiva de la revocación de los actos jurídicos” (38).

No es este el sitio para recordar los requisitos o presupuestos del ejercicio de la acción pauliana, pero si se considera que un presupuesto inexcusable es la mala fé de la Fiduciaria —en estos casos—, nos atrevemos a afirmar que el rigorismo conceptual y procesal de esa acción, unido a la remotísima posibilidad de que las Sociedades Fiduciarias se presenten conscientemente, a sabiendas —como lo exige la ley— a defraudar con sus operaciones a terceros, no queda mas camino que concluir, como concluían los viejos Profesores de obligaciones, que las acciones previstas en el Artículo 1.238 del C. de Co. solo van a existir en la teoría.

Dejemos el Artículo 1.238 tal y como está, que nada agrega a lo que es obvio en el Derecho de obligaciones y en nada vulnera a quienes han procedido de buena fé. Quien proponga otra interpretación tiene la carga de ubicarnos su versión en el Derecho de las obligaciones y de indicarnos las rutas procesales correspondientes, en forma clara.

5.6. ¿Demasiadas Fiduciarias?

Desde mi punto de vista —nuevamente, no soy vocero de nadie—, veo con preocupación el excesivo número de Sociedades Fiduciarias

autorizadas y en operación, frente a un mercado que inicialmente no tiene las características masivas de otras actividades financieras.

La realidad pareciera orientar estas entidades hacia una **especialización de hecho**, amén de que la creación de ciertas fiduciarias ha tenido como motivación especial, determinados negocios en particular. No creemos que el mercado tolere el crecimiento cuantitativo de las Fiduciarias —ya pasan de quince— al ritmo de los últimos cuatro años. Y si el objetivo es **fiduciaras especializadas** tal pretensión parte de un error estructural inicial: El negocio fiduciario es un esquema formal jurídico, si se quiere abstracto, para hacer los negocios más disímiles y atípicos.

5.7. ¿La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos?

La encuesta no reveló claridad total sobre los conflictos con esta dependencia oficial, particularmente con el registro de fideicomisos inmobiliarios, pues mientras unas Fiduciarias manifestaban tener relaciones tranquilas y de buen entendimiento y cooperación otras manifestaron su insatisfacción por la ausencia de definiciones respecto a la manera de calificar las operaciones Fiduciarias. En el momento de escribir estos comentarios no he logrado —por mi culpa exclusivamente— indagar la versión y la posición de ese órgano registral y espero, por otra parte, que los señores panelistas y los participantes precisen, exactamente, cuáles son los temas de discordia, en concreto.

5.8. Otras Fuentes de Problemas

La lista anterior no es conclusiva, de ninguna manera. Más aún, como espero haberlo demostrado, algunos temas son simples pseudo-problemas. He omitido toda referencia a los debates sobre la necesidad de la escritura pública (art. 1.228) para la constitución de la fiducia mercantil asunto resuelto admirablemente por la práctica de las Fiduciarias, con la fuerza del sentido común y con el argumento de la desproporción entre la forma y los intereses protegidos por esa forma, solución que quedó avalada con una sentencia del Consejo de Estado duramente criticada y que al decir de un comentarista “vino a reformar la ley por vía de equivocación” (Londoño, nuevamente) y a la que le estaremos siempre muy agradecidos quienes ya estábamos fatigados con una interminable e innecesaria discusión.

Nos reservamos el derecho de suprimir o corregir lo anterior —en ningún caso ampliar— en nuestra intervención oral, y como corres-

ponde a la finalidad y a la supuesta utilidad de discutir un tema a partir de un aponencia este documento contiene una versión apenas preliminar.

Algunos temas que acabo de exponer animarían a más de uno a jugar al legislador y a proponer la consabida reforma legislativa con que concluye en Colombia toda conversación entre abogados. Nuestra insatisfacción con el legislador mas que el resultado de una posición crítica, científica es, muchas veces, simple prurito de originalidad.

En varias ocasiones, por razones metodológicas, he declarado muerto y enterrado al legislador de asuntos mercantiles con el fin de llamar a los intérpretes, bien que lo hagan por vía de doctrina o con alguna autoridad, para que no fatiguemos al país con más proyectos de ley y para que pongamos lo mejor de nuestro ingenio y de la técnica jurídica al servicio de unos reglamentos que teóricamente, por lo menos, son razonables e intelectualmente decorosos.

El arte de vivir parte del reconocimiento de su propia circunstancia y en este terreno ya es hora de que reflexionemos el Fideicomiso en nuestra propia soledad, la realidad colombiana. Eso es lo que he tratado de hacer en este documento.

Bogotá, 21 de febrero de 1986

ANEXO No. 1

Doctor
ANIBAL GOMEZ RESTREPO
Gerente General
FIDUCIARIA COLMENA S.A.
Ciudad

Apreciado doctor:

Hemos recibido el modelo de contrato de fiducia para pago de un crédito, remitido por ustedes para la correspondiente aprobación de la Superintendencia Bancaria.

Después de analizar detenidamente el mencionado contrato esta Superintendencia se permite formular las siguientes observaciones:

1. En la cláusula 5a. relativa al término de duración del contrato es preciso tener en cuenta el artículo 1230 del Código de Comercio que prohíbe expresamente los fideicomisos que tengan una duración de más de veinte años.
2. La cláusula sexta del presente contrato fiduciario habla de la terminación del mismo con prescindencia del plazo, por las causales especialmente contenidas en el artículo 1625 del Código Civil o sea por extinción de la deuda que la fiduciaria se comprometió a cubrir quedando así imposibilitada la entidad para realizar los fines previstos por el fideicomisario. Pero hay que tener en cuenta que esta sería solo una de las causales establecidas por el artículo 1240 como procedentes para extinguir el contrato fiduciario, por ello sería conveniente hacer expresa alusión a la existencia de las demás causales consagradas expresamente para esta actividad por nuestro estatuto comercial.
3. Sería conveniente para completar el contrato, agregar para que forme parte del mismo algunas obligaciones que por ley corresponden a la fiduciaria, siendo el caso por ejemplo de la rendición de cuentas que tiendan a conservar el carácter propio de los fideicomisos de ser ejecutores de la voluntad del fiduciante, en la forma que más rendimiento le produzca a este y que además permiten conocer a los contratantes los derechos que por ley le son propios y que se traducen en seguridad para los mismos de la adecuada administración de sus bienes.
4. En la comparecencia es preciso recordar que esta debe efectuarse de manera completa, identificando plenamente a los contratantes, todo esto de acuerdo al carácter formal del escrito contentivo de un Contrato Fiduciario.

De acuerdo a las anteriores observaciones la Fiduciaria Colmena debe efectuar las modificaciones correspondientes con el objeto de poder utilizar el presente modelo de contrato.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Cordialmente,

LUIS GUILLERMO CANDELA C.
Superintendente Bancario
Primer Delegado

ANEXO No. 2

FIDUCIARIA COLMENA S. A.: CONTRATO DE FIDUCIA PARA PAGO DE UN CREDITO.

.... que se regirá por las siguientes cláusulas:

PRIMERA: NATURALEZA DEL CONTRATO: Este es un contrato de Fiducia Mercantil para la conservación y disposición de unos bienes (o para la conservación, administración y disposición de unos bienes) en forma libre por parte de la FIDUCIARIA y para que con su producto la FIDUCIARIA pague, por cuenta del FIDEICOMITENTE, las obligaciones de éste, que se indican en este mismo contrato.

SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO: Mediante este contrato el FIDEICOMITENTE transfiere a la FIDUCIARIA la propiedad de los bienes que a continuación se indican, para que con sus rentas (si las hubiere) y con el producto de su venta, realice las gestiones que se indican en la cláusula primera:

(Aquí se hace la descripción completa de los bienes según su naturaleza).

Parágrafo Primero: La FIDUCIARIA ha recibido efectivamente los bienes que se acaban de describir, su estado de conservación y funcionamiento son..... y, además, se deja constancia de las siguientes observaciones: a).....; b).... Forma parte de este contrato el Acta de entrega de los bienes transferidos y el inventario de los bienes accesorios y complementarios de los mismos. Estos bienes se encuentran libres de todo gravamen y limitaciones al dominio.

Parágrafo Segundo: Los bienes transferidos tienen en la fecha de este contrato un valor comercial de... según el avalúo efectuado por..., que se encuentra en poder de la FIDUCIARIA, pero el precio de estos mismos bienes en el momento de su venta por parte de la FIDUCIARIA, puede ser mayor o menor, según las condiciones del mercado, y así lo aceptan las partes de este Contrato.

TERCERA: OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: La FIDUCIARIA, en su calidad de propietario fiduciario de los bienes indicados antes, los conservará y venderá (o los conservará, administrará y venderá) en las mejores condiciones comerciales, con absoluta liber-

tad, y la totalidad de los productos de su gestión la destinará a pagarle a (Identificación completa del acreedor del FIDEICOMITENTE) un crédito que tiene a su favor y a cargo del FIDEICOMITENTE por la suma de como capital, con vencimiento fijado para (fecha de vencimiento del crédito), para pagarse en (indicar el lugar exacto del pago), más los intereses del plazo o de la mora y demás accesorios del crédito, según la liquidación que presente (el acreedor del Fideicomitente) en la fecha del vencimiento del crédito. Este crédito se encuentra incorporado en cuya copia auténtica (anverso y reverso) se adjunta a este contrato con el fin de precisar, sin ninguna duda, la gestión de la FIDUCIARIA.

Parágrafo Primero: La FIDUCIARIA queda autorizada para ofrecer pagos parciales hasta la suma que tuviere disponible para cumplir esta gestión.

Parágrafo Segundo: Si una vez cumplida esta gestión, quedare un saldo a favor del FIDEICOMITENTE, tal suma quedará disponible, a la vista y a favor del FIDEICOMITENTE, como depósito gratuito.

CUARTA: OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE: El FIDEICOMITENTE, se compromete especialmente a: 1o.- Pagar los honorarios en la forma, cuantía y oportunidad que se indica en la cláusula Séptima; 2o.- A no revocar las finalidades indicadas en este mismo contrato; 3o.- A poner a disposición de la FIDUCIARIA la información y documentación que se llegue a necesitar para realizar los fines de la fiducia; 4o.- A sanear jurídica y fiscalmente los bienes transferidos, si fuere el caso; 5o.- A reintegrarle a la FIDUCIARIA las sumas que invierta en la custodia y conservación de los bienes transferidos, para lo cual queda autorizada la FIDUCIARIA para compensar tales sumas con los productos de la administración o venta de los bienes fideicomitidos.

QUINTA: PLAZO DE ESTE CONTRATO: La transferencia fiduciaria de los bienes que comprende este contrato se hace por.... años contados a partir de la fecha de suscripción de este contrato.

SEXTA: TERMINACION POR IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA DE REALIZAR LOS FINES DE ESTA FIDUCIA: Este contrato terminará anticipadamente, independientemente del plazo indicado en la cláusula Quinta, si al momento de ofrecer el pago del crédito indicado en la cláusula Tercera, la FIDUCIARIA establece que se encuentra extinguido por cualquiera de las causales que indica la ley y que espe-

cialmente enumera en el Artículo 1.625 del Código Civil y Artículo 1.240 del Código de Comercio. En este caso, la FIDUCIARIA debe transferir los bienes al FIDUCIANTE, si no los hubiere vendido todavía, o entregarle el producto de la venta, previa la cancelación o deducción de lo que resulte deberle el FIDEICOMITENTE a la FIDUCIARIA por la ejecución de este contrato.

SEPTIMA: HONORARIOS DE LA FIDUCIARIA: El FIDEICOMITENTE le pagará a la FIDUCIARIA como retribución por sus gestiones las siguientes sumas:

1. (.....o/o) por concepto de guarda y conservación del bien transferido, por cada mes, hasta la venta o devolución efectiva del bien.
2. Cuando la fiducia incluya la administración, pagará en forma adicional el (.....o/o) de los productos civiles o naturales de los bienes;
3. Cuando las gestiones de la FIDUCIARIA incluyan la venta del bien sobre el producto de la venta, la FIDUCIARIA tendrá derecho a descontar el porcentaje que resulte corriente en la plaza en operaciones de corretaje de tales bienes.

OCTAVA: SOLUCION DE CONFLICTOS: Las controversias que se suscitan entre las partes de este contrato bien sea por su constitución, ejecución, terminación, prestaciones y restituciones, etc., serán resueltas por un solo árbitro y, con ese fin, las partes delegan su nombramiento al Superintendente Bancario. El fallo deberá pronunciarse en derecho.

NOVENA: La FIDUCIARIA rendirá cuentas de su gestión al FIDEICOMITENTE cada.....

ANEXO No. 3

FIDEICOMOS DE GARANTIA (MEXICO)

En la ciudad de México, a los dieciseis días del mes de febrero de mil novecientos setenta y tres, yo, el Licenciado....., Notario Número..... del Distrito Federal hago constar el contrato de MUTUO CON INTERES Y CONSTITUCION DE FIDEICOMISO TRASLATIVO DE GARANTIA, que otorgan: de una parte el señor....., de una segunda parte el señor..... y de una tercera y última parte "POLIBANCA

CENTRAL”, SOCIEDAD ANONIMA, representada por su Delegado Fiduciario señor Licenciado..... en los términos de los siguientes antecedentes y cláusulas:

ANTECEDENTES.

I. Por escritura número cuarenta mil trescientos ochenta y siete, ante la fé del suscrito Notario, cuyo primer testimonio quedó inscrito en la Sección Primera del Registro Público de la Propiedad en el tomo ciento quince, volumen cuarto de la Serie “A” a hojas doscientos cincuenta y bajo el número trescientos ochenta, el señor....., adquirió por venta que hizo a su favor el señor....., en precio de cuatrocientos cincuenta mil pesos, la casa marcada con el número dos mil trescientos tres de la Calzada de Guadalquivir y terreno sobre el cual está construida, ubicado en la Colonia Monte Blanco, Distrito Federal, con superficie de mil ciento noventa metros cuadrados y las siguientes medidas y linderos.....

II. El señor..... manifiesta bajo protesta de decir verdad y a sabiendas de actuar fraudulentamente en caso de estarse produciendo con falsedad que el predio materia de esta operación no reporta ningún gravamen ni responsabilidad, ni fiscal ni de ninguna otra naturaleza, como lo acredita con el certificado de libertad de gravámenes que en este acto exhibe y como se justifica con las boletas de impuesto predial y de agua de las que se toma razón al margen.

III. La Secretaría de Relaciones Exteriores concedió a Polibanca Central. S. A., la autorización para adquirir en fideicomiso el inmueble a que se refiere la Declaración I., autorización que es del tenor literal siguiente:

CLAUSULAS

PRIMERA. El señor....., designado como “LA PARTE ACREEDORA” o “EL FIDEICOMISARIO”, en este instrumento dá en calidad de mutuo al señor....., en lo sucesivo “LA PARTE DEUDORA” o “EL FIDEICOMITENTE”, la cantidad de cuatrocientos mil pesos moneda nacional, que le entrega en este acto, y ante la fé del suscrito Notario que lo certifica, en dinero en efectivo.

SEGUNDA. “LA PARTE DEUDORA” se obliga a devolver el capital dado en mutuo en el plazo de dos años, contado a partir de la fecha de firma de esta escritura siendo dicho plazo forzoso para la parte acreedora y voluntario para la parte deudora.

TERCERA. El capital prestado causará intereses a razón del doce por ciento anual, pagadero por mensualidades adelantadas los días últimos de cada mes a partir de la fecha de firma de esta escritura, en el domicilio de la PARTE ACREEDORA o en el lugar que ésta designare al efecto con posterioridad, en la inteligencia de que todo mes comenzado de intereses se tendrá por transcurrido y se pagará íntegro.

CUARTA. Si LA PARTE DEUDORA no paga el capital dentro del plazo estipulado en la cláusula segunda que antecede o faltare al cumplimiento de cualesquiera de las obligaciones contraídas, se causarán intereses a razón del dieciocho por ciento anual, en vez del tipo convenido en la cláusula tercera, hasta la total solución del adeudo.

QUINTA. LA PARTE ACREEDORA podrá dar por vencido anticipadamente el plazo del préstamo en los siguientes casos:

- A) Si la PARTE DEUDORA dejare de cubrir dos mensualidades consecutivas de intereses.
- B) Si hipotecare en primero o ulterior grado el inmueble que garantiza esta operación sin previa autorización por escrito de LA PARTE ACREEDORA o sin apegarse a las condiciones que ésta fije.
- C) Si enajenare total o parcialmente el predio fideicomitado o transmitiere su posesión sin sujetarse a las condiciones fijadas por ésta.
- D) Si no cubriere cualquier responsabilidad fiscal dentro de los diez días siguientes a la notificación que le fuere hecha por la autoridad correspondiente.
- E) Si rentare el predio que en cláusula posterior se entrega en fideicomiso, por una renta menor de cinco mil pesos mensuales.
- F) Si faltare al exacto cumplimiento de cualesquiera de las obligaciones contraídas en este contrato.
- G) Si celebrase contratos de arrendamiento por más de un año del predio fideicomitado o recibiere anticipos de rentas por más de dos meses.

- H) En los demás casos en que conforme a la Ley se hace exigible anticipadamente el cumplimiento de las obligaciones a plazo.

CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA

SEXTA. El señor..... transmite en fideicomiso irrevocable libre de toda responsabilidad, gravamen o limitación de dominio, a "POLIBANCA CENTRAL", S. A., la casa marcada con el número dos mil trescientos de la Calzada de Guadalquivir y terreno sobre el cual está construída ubicado en la Colonia Monte Blanco, Distrito Federal, con la superficie, medidas y linderos que han quedado determinados en el párrafo primero de los antecedentes de la presente, los cuales se dan aquí por reproducidos como si se insertasen a la letra.

SEPTIMA. "POLIBANCA CENTRAL", SOCIEDAD ANONIMA, en lo sucesivo designada "EL FIDUCIARIO", por conducto de su Delegado Fiduciario acepta el cargo y protesta su fiel y legal desempeño.

OCTAVA. La institución fiduciaria gozará de todos los derechos y acciones necesarios para el cumplimiento del fideicomiso, sin ninguna limitación.

NOVENA. Son fines del fideicomiso:

- a) Garantizar al fideicomisario con el bien fideicomitado el pago de la cantidad de cuatrocientos mil pesos moneda nacional, que dió en calidad de mutuo al señor....., en los términos de la cláusula primera que antecede, así como el de sus intereses normales, moratorios o cualquier otra prestación que se derive; procediendo el Fiduciario a rematar el inmueble fideicomitado a solicitud de la parte fideicomisaria acreedora, en la forma y términos establecidos en este contrato, si la parte deudora no cumple con cualquiera de las obligaciones contraídas y en especial si no devuelve el capital mutuo al vencimiento del plazo estipulado y no cubre en los términos convenidos los intereses normales y moratorios.
- b) Revertir al fideicomitente el dominio del inmueble fideicomitado, siempre que acredite fehacientemente haber cubierto el adeudo a que se refiere el inciso a) que antecede.

DECIMA. El Fideicomitente mantendrá la posesión y administración del inmueble fideicomitado; pero mientras no haya hecho pago del crédito a su cargo, relacionado en la Declaración I de este contrato, tendrá el carácter de simple depositario, función por la cual no

recibirá remuneración alguna, ni por los gastos que haga en la conservación del depósito, ni por los perjuicios que sufra, pero tal carácter de depositario podrá ser revocado en cualquier tiempo por el Fiduciario a petición del Fideicomisario. Mientras el Fideicomitente sea depositario, se observarán las siguientes reglas:

- a) No cobrará remuneración alguna por el desempeño de sus funciones.
- b) Tendrá a su cargo, bajo su personal responsabilidad la guarda y conservación de los bienes dados en fideicomiso.
- c) Podrá usar personalmente dichos bienes.
- d) No podrá ejecutar ningún acto, ni celebrar contrato que modifique el estado actual o la presente situación jurídica de los bienes del fideicomiso, sin obtener previamente consentimiento escrito del Fuduciario.
De esta estipulación se tomará razón expresa en el Registro Público de la Propiedad al inscribirse éste contrato.
- e) El Fiduciario no tendrá responsabilidad alguna por la gestión del depositario en el desempeño de su cargo.
- f) Si el Fiduciario revocara el nombramiento y designara nuevo depositario, el Fideicomitente entregará a éste el bien en fideicomiso tan pronto sea requerido para ello, en la inteligencia de que cubrirá como pena convencional la suma de \$500.000 (quinientos mil pesos) por cada día que se retrase en la entrega.

DECIMA PRIMERA. El Fideicomitente se obliga a mantener el inmueble fideicomitado al corriente en el pago de toda clase de impuestos, quedando facultado el Fiduciario para exigir en cualquier tiempo que se le demuestre a su entera satisfacción que se ha cumplido con la obligaciones aquí establecidas, no estando el Fiduciario obligado a suplir ningún gasto de esta naturaleza.

DECIMA SEGUNDA. El Fideicomisario acreedor podrá solicitar por escrito al Fiduciario que proceda a la venta del precio fideicomitado, si el Fideicomitente no cumple con las obligaciones contraídas en el contrato de mutuo con interés consignado al principio de esta escritura.

DECIMO TERCERA. La venta del precio fideicomitido se llevará a cabo de acuerdo con las siguientes bases:

- a) El Fideicomitente acepta que sirva de precio para la venta del predio fideicomitido la cantidad de cuatrocientos cincuenta mil pesos , moneda nacional.
- b) La venta se hará en pública subasta ante Notario o Corredor Público, debiendo ser anunciada con una anticipación de diez días a la fecha en que deba tener lugar, mediante la publicación de un aviso en alguno de los periódicos de mayor circulación de esta ciudad a elección del Fiduciario.
- c) Si la venta no hubiere podido llevarse a cabo en la primera subasta, se procederá a verificar la segunda y las subsecuentes rebajando el precio de venta fijado en el párrafo a) que antecede en un veinte por ciento en cada almoneda y así sucesivamente hasta lograr la venta.

DECIMA CUARTA. En todo caso cuando se presente alguna persona interesada en adquirir el predio fideicomitido deberá depositar previamente ante el Fiduciario el diez por ciento del importe del precio base de la almoneda, pues sin ese requisito el Fiduciario no lo considerará como postor.

Si el postor cuya postura se declare preferente, no paga el resto del precio dentro del plazo de cinco días a partir de la fecha de la subasta perderá la cantidad que hubiere depositado para garantizar su postura y la venta hecha a su favor quedará sin valor ni efecto y se repetirá la subasta. La cantidad que pierda el postor por su incumplimiento se entregará la mitad a la parte fideicomisaria acreedora y la otra mitad a la fiduciaria en compensación de daños y perjuicios producidos por el incumplimiento.

DECIMA QUINTA. En caso de remate la fideicomisaria acreedora tendrá derecho a presentarse como postora y será preferida en igualdad de condiciones sin necesidad de constituir el depósito mencionado en la cláusula inmediata anterior.

DECIMA SEXTA. El Fideicomitente se obliga en los términos de Ley, al saneamiento para el caso de evicción respecto del predio fideicomitido, tanto frente al Fiduciario como ante las personas a quienes ésta transmita el inmueble fideicomitido.

El Fudiciario queda autorizado para hacer constar esta estipulación en la escritura que deba otorgar en ejecución del fideicomiso, sin que por su parte asuma responsabilidad alguna al respecto.

DECIMA SEPTIMA. Sin necesidad de resolución judicial el Fiduciario aplicará el producto de la venta que realice en los términos de este fideicomiso en la siguiente forma:

- a) En primer término se cubrirán los gastos y honorarios que se hayan causado con motivo de la venta.
- b) Después se reembolsará al Fiduciario de todo cuanto le estuviere adeudando el Fideicomitente por la aceptación, administración y vigilancia del presente fideicomiso.
- c) Se cubrirá al Fideicomisario acreedor el importe de su crédito, intereses moratorios y accesorios legales insolutos.
- d) Se pagarán los adeudos insolutos a la fecha de la venta en ejecución y que sean a cargo del bien fideicomitado, por concepto del impuesto predial, derechos por servicio de agua, cooperación, pavimento, banqueta, alumbrado o cualquier otro adeudo fiscal.
- e) Si hubiere algún remanente se entregará al Fideicomitente, siempre que éste hubiere entregado previamente la posesión del tercero amparado por el contrato materia del fideicomiso, al adquirente en remate.

DECIMA OCTAVA. En caso de defensa del patrimonio fideicomitado el Fiduciario sólo estará obligado a otorgar el poder correspondiente a la o las personas que deba efectuar dicha defensa de conformidad con instrucciones que reciba del Fideicomitente o del Fideicomisario, según el caso.

El Fiduciario no será responsable por las actuaciones que realicen los apoderados, ni del pago de sus honorarios. Esta estipulación se transcribirá en los documentos en donde consten los poderes conferidos.

El Fiduciario no será responsable en ningún caso del pago de las cantidades adeudadas a la Fideicomisaria acreedora con motivo de su crédito.

DECIMA NOVENA. El Fideicomiso constituído en esta escritura se extinguirá cuando haya sido cubierto el crédito garantizado con el mismo y revertido al Fideicomitente o a la persona o personas que ésta indique el predio fideicomitado, o por la venta en ejecución del Fideicomiso. El Fideicomitente se obliga al saneamiento para el caso de evicción, frente al Fiduciario y asimismo faculta a éste para obligarlo en tales términos ante la persona o personas a quienes en su caso se transmitan los bienes fideicomitados; en todo caso bastará la firma de la institución fiduciaria en la escritura en que se transmita el dominio del inmueble para que el Fideicomitente quede obligado a responder de esta obligación. Queda entendido que el Fiduciario adquiere la titularidad del inmueble fideicomitado con base en la titulación exhibida por el Fideicomitente para acreditar su propiedad sobre los mismos y en los antecedentes registrales consignados y consecuentemene, no será responsable en forma alguna ni frente a terceros, incluyendo a aquéllos en cuyo favor se transmita el inmueble, por defectos o vicios de dichos títulos ni por las impugnaciones que se hicieren a tales derechos de propiedad.

VIGESIMA. Para la eficacia y subsistencia de todo lo estipulado en la presente escritura los Fideicomitentes manifiestan su consentimiento y declaran expresamente que no se reservan el derecho de revocar el presente fideicomiso ni de ejercer la acción a que se contrae el párrafo segundo del artículo ciento treinta y ocho de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y a mayor abundamiento como condición esencial del presente fideicomiso, renuncian al ejercicio de tales derechos.

VIGESIMA PRIMERA. El Fiduciario cobrará a la Fideicomisaria adquirente por concepto de honorarios, las siguientes cantidades:

.....

VIGESIMA SEGUNDA. Serán a cargo del Fideicomitente todos los gastos que se originen en la ejecución del presente fideicomiso, así como los impuestos que se causen, en su caso en la reversión a su favor o a favor de la persona que ella indique, así como los de la extinción de fideicomiso.

VIGESIMA CUARTA: Para la interpretación y cumplimiento de los pactos contenidos en esta escritura se someten los otorgantes a los Tribunales de esta ciudad de México.

NOTAS

- (1) Para preparar este documento tuve la colaboración de Martha Cediel Perilla y Margarita Villa Ochoa, estudiantes de Derecho (U. de los Andes) quienes hicieron algunas investigaciones, presentaron informes y diligenciaron algunas encuestas dentro de un programa de "Investigación Dirigida".
- (2) De esta parte del documento pueden prescindir los señores Panelistas. Ocurre sin embargo, que la memoria escrita de una intervención es, por fuerza y metodología, distinta de su versión oral.
- (3) "Podemos ya emitir una apreciación general entre los fines del fideicomiso o fiducia de nuestro Código Civil y la nueva reglamentación del C. de Co..... La del Código Civil solo sirve para resolver situaciones relativamente pobres en relación con las necesidades de nuestro comercio: transmitir bienes a una persona bajo una condición resolutoria... "Arturo Valencia Zea, "Derecho civil", tomo II (derechos reales), Temis, sexta edición, Bogotá, 1.980, p. 252.
- (4) Dicen que Don Andrés Bello estaba suficientemente enterado del Derecho Inglés y con eso justifican el art. 808 del Código Civil que no tiene antecedentes ni en el Derecho Romano, ni en el Derecho Francés. Al respecto, dice Valencia Zea: "En todo caso, la propiedad fiduciaria del Código Civil estaba destinada a servir los fines limitados de propiedades sujetas a extinguirse en el fiduciario por el cumplimiento de una condición. No obstante, existe un interesante artículo, y es el 808, concebido así: "Si se dispusiere que mientras pende la condición se reserven los frutos para la persona que en virtud de cumplirse o de faltar la condición, adquiera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un tenedor fiduciario, que solo tendrá las facultades de los curadores de bienes". Este artículo ya no juega con los viejos principios del derecho romano ni con los del Código Civil. En él se propone y anuncia algo nuevo, o sea la posibilidad de combinar el fideicomiso con el usufructo. El denominado tenedor fiduciario no goza de la propiedad para sí, pues está obligado a entregar los frutos al fideicomisario o beneficiario. Nos hemos salido de los estrechos cuadros del antiguo derecho y pisamos un terreno totalmente nuevo. Por tanto, el padre de familia puede perfectamente constituir un tenedor fi-

duciario de amplia experiencia en la administración de bienes, para que administre un inmueble o un patrimonio y destine los frutos para la educación y sostenimiento de sus hijos. Sin embargo, la disposición tiene un grave defecto, y consiste en que el tenedor fiduciario puede, con el tiempo, adquirir la plena propiedad, esto es, cuando se sepa que la condición de restitución al fideicomisario no se cumplirá”. Valencia Zea, *ibidem*, p. 247.

- (5) Art. 801 del C. C.: “las disposiciones a día que no equivalgan a condición según las reglas del título **De las asignaciones testamentarias**, capítulo 3o., no constituyen fideicomiso”.
- (6) Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. “Los bienes y los derechos reales”, Imprenta Universal, Santiago (Chile), 1982, p. 618.
- (7) Arts. 796 del C.C. colombiano y 735, inciso 1o. del C.C. chileno. Cfr. Alessandri-Somarriva, *op. cit.* ps. 606 y 607 y Valencia Zea, *op. cit.* ps. 254 y 255.
- (8) Por eso no compartimos una opinión de Valencia Zea (*ibidem*, p. 265), expresada así: “Qué suerte toman ahora las viejas reglas del Código Civil (arts. 794 a 822) sobre propiedad fiduciaria? No fueron derogadas ni era necesario que lo fueran, **pues ya las costumbres las habían hecho innecesarias**”. Las instituciones civiles no necesitan justificarse por su reiteración. Muchas instituciones del derecho civil o común deben reposar en estado de latencia, a disposición de lo que considere conveniente y oportuno la autonomía de la voluntad. Otra es la función y la suerte de las instituciones comerciales. Véase un ejemplo de lo anterior en nuestra conferencia “El Derecho Comercial frente al Derecho Civil en los planes de Revisión del Código Civil Colombiano”, Gráficas Fepar, Bogotá, 1983, ps. 12 y 13.
- (9) Una reciente, extemporánea y aguda interpretación del art. 107, ordinal 7o. establece que desde 1923 quedó incorporado al Derecho colombiano el **fideicomiso de garantía**, pues tal artículo reproduce lo que en el Derecho anglosajón es el **constructive trust**, esto es, “una seguridad real concedida por el derecho de los **trusts** para lograr el cumplimiento de obligaciones anteriores”. Sobre las similitudes entre estas instituciones, sus diferencias y la interpretación mencionada, véase ISAIAS CHAVES,

“La fiducia o fideicomiso en el Derecho colombiano”, Revista de Derecho Económico, año II, No. 2, Temis, Bogotá, 1984, ps. 10-11.

- (10) Esta intención nos parece que es clara en el art. 107, ordinales 4o., 5o., 6o. y 7o.
- (11) Véanse los ordinales 4o. a 8o. del art. 107 de la ley 45 de 1923.
- (12) Para mantener el tono académico del documento omitimos el nombre del banco y del banquero que nos permitieron el conocimiento de las operaciones reseñadas. El sabe, sin embargo, cuan útiles han sido sus explicaciones y cuanto hemos aprendido de sus experiencias.
- (13) Ya lo hemos advertido: Nuestro reto, en el Derecho Comercial, es desarrollar unos negocios con o sin legislación, con una buena o mala reglamentación, y así como la ley previene al juez de que no puede dejar de hacer su oficio pretextando inexistencia de la norma, debería prevenirse a las Sociedades Fiduciarias —con una respetuosa notificación a la Superintendencia Bancaria—, en el sentido de que no podrán dejar de realizar un negocio fiduciario alegando inexistencia de la norma, vacíos, oscuridad o confusión en la reglamentación.
- (14) Cfr. Chaves, op. cit. p. 13.
- (15) Cfr. María Helena Giraldo y Nora Lucía Sanín, “El patrimonio especial de la fiducia mercantil”, La Nacional Fiduciaria, Bogotá, 1980, especialmente el Capítulo V.
- (16) Hay una evidente descoordinación, por razones cronológicas entre el C. de P.C. (Decretos 1.400 y 2.019 de 1970) y el C. de Co. (Decreto 471 de 1971) que es la causa de que muchos recursos, impugnaciones o simples facultades de las partes implicadas en actos, operaciones o empresas mercantiles no encuentren la más mínima claridad sobre la vía procesal adecuada para intentar tales recursos, remedios o impugnaciones, resultando, en algunos casos, excesivo el principio de tener que acudir al **proceso ordinario**, o tener que vivir con la incertidumbre de si se dispone o no de un recurso. Del primer caso puede ser un ejemplo las dificultades prácticas, a pesar de la aparente claridad de su tex-

to, que tiene en la práctica la solución prevista en el art. 615 del C. de Co. Del segundo caso es un ejemplo la caótica posición de los Juzgados Civiles del Circuito y de los Tribunales sobre la procedencia o no de la apelación del auto de calificación y graduación de créditos del Concordato Preventivo Potestativo.

Finalmente, una pequeña digresión: El abogado comercialista parece, en nuestro medio, tenerle un miedo ancestral a lo procesal y, obviamente, a los estrados judiciales, lo que se encuentra perfectamente correspondido por la manía de los procesalistas de querer reducir la suerte de los derechos sustanciales a la parte estrictamente ritual del proceso. Si por nuestros comercialistas fuera, ya habrían informalizado el Derecho Procesal, cancelando con ello una de las garantías mas extraordinarias y concretas, no teóricas, de un sistema democrático. Y si fuera por los procesalistas, bien podríamos archivar los Códigos Civil y Comercial. Ya es hora de que respetemos y asumamos la dosis de colaboración que tiene que prestar cada rama del Derecho a la **razonable** resolución del caso concreto.

- (17) Por esta razón, un autor afirma que “en Colombia no hay jurisprudencia sobre la fiducia mercantil”. Chaves, op. cit. p.10.
- (18) Un grupo respetable de **árbitros**, sin embargo, vienen hablando en los laudos de los últimos años de una **jurisprudencia arbitral** que mas bien parece una justificación circular, entre amigos, de sus propias decisiones.
- (19) Cfr. Eduardo Carpizo, ”Los servicios fiduciarios en Méxcio”, en Cuaderno No. 10 de la Biblioteca Felaban, Bogotá, Kelly, 1981, p. 33.
- (20) Jorge Antonio Zepeda, “Perspectiva del fideicomiso”, en Cuaderno No. 10 de la Biblioteca Felabán, ibidem, ps. 23-24.
- (21) Carpizo, op. cit., p. 34.
- (22) Cfr. Juan Suayfeta, “El fideicomiso al servicio del individuo y de la familia”, en Cuaderno No. 10 de la Biblioteca Felaban, ibidem, p. 62.
- (23) Sergio Rodríguez, “Contratos Bancarios”, Biblioteca Felaban, A.B.C., Bogotá, 1985, tercera edición, ps. 658-664.

- (24) Cfr. Ramiro Rengifo, "La fiducia", Pequeño Foro, Bogotá, 1984. Las clasificaciones y lo citado textualmente puede verse en las ps. 268-277.
- (25) Véase el No. 4.1.- de este mismo documento ("El Facilismo del Fideicomiso de Inversión"), especialmente la cita No. 27.
- (26) En 1974 la Superintendencia Bancaria dio un concepto en el que concluía lo siguiente:
"... a). De conformidad con los artículos 6, 16, 1518, 1519 y 1602 del C. de Co. el contrato de fiducia comercial con fines de garantía es un contrato que por su contenido y finalidades adolece de ilicitud por ser contrario a las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.
b). La fuente u origen de la ilicitud del contrato mencionado se encuentra en la contravención de todos los criterios que el legislador ha indicado para enmarcar la libre acción de los particulares en la autorregulación de sus intereses. En efecto: por razón de su contenido y especial destinación, es nuestra opinión la de que se trata de un contrato en fraude a la ley en el sentido de que implica objetivamente una violación indirecta de las leyes que entre nosotros prohíben el pacto comisorio con irrefutables fundamentos equitativos y morales que hemos intentado resumir (artículos 2422, 2448 del C.C. y el artículo 1203 del C. de Co.)". Oficina jurídica, 416-21887, 4 de noviembre/74.

Esta posición la consideramos totalmente superada y una verdadera pieza de arqueología jurídica.

- (27) México vivió, en sus comienzos, la misma experiencia que estamos superando nosotros. Al respecto, el abogado de una Fiduciaria mexicana nos dice: "La vida de los fideicomisos de inversión en nuestro país ha sido muy azarosa; en algunas etapas han tenido una profusión enorme, al grado que constituyeron el volumen quizá mas importante de las operaciones fiduciarias, y es probable que haya sido el renglón de la actividad fiduciaria que mas contribuyó al pujante desenvolvimiento del fideicomiso mexicano.

Hasta los últimos años de la década de 1940 las instituciones fiduciarias podían recibir dinero en fideicomiso o mandato, para invertirlo libremente, aún en créditos a particulares, o en valores o moneda extranjera, teniendo incluida la facultad de selec-

cionar discrecionalmente al deudor, lo mismo que los valores o la moneda a adquirir; pero generalmente las fiduciarias quedaban garantes ante el fideicomitente de la recuperación de la inversión, asumiendo así riesgos que no correspondían a la función fiduciaria propiamente dicha”. Juan Suayfeta, “El fideicomiso al servicio de la familia y del individuo”. Cuaderno No. 10 de la Revista Felaban (Fideicomiso), Bogotá, Kelly, 1981, p. 75.

(28) Carpizo, op. c.t. p. 37.

(29) Y para quien tenga duda sobre la magnitud de los dineros improductivos, trabados en procesos, los 29 Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá tienen, en promedio cada uno aproximadamente **ochenta millones de pesos** en depósitos judiciales a la orden de dichos Juzgados. Y para quien conserve alguna duda, el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá tuvo un título de depósito judicial a su orden por \$130 millones de pesos durante casi 6 meses.

¿No creen que ya es hora de que las Fiduciarias, por la vía del negocio jurídico —el fideicomiso de garantía— conquisten un mercado de aproximadamente 40 mil millones de pesos excluidos por supuesto, otros dineros y otros bienes muebles sin relación alguna con estas medidas cautelares?

(30) Cfr. Suayfeta, op. cit., p. 61.

(31) Véase mi trabajo ‘Algunas falacias interpretativas de los títulos-valores’, Temis (monografías, No. 47), Bogotá, 1985. Este punto de vista parece compartirlo Isaías Chaves (op. cit. p. 13) cuando dice: “Es paradójico que sea precisamente en Colombia, país que tiene de las legislaciones más modernas y perfectas sobre la fiducia mercantil, donde el desarrollo del fideicomiso siga encontrando trabas de tipo jurídico. **El problema, aspiramos a haberlo demostrado, no radica en la deficiencia u oscuridad de las normas, sino en la errónea interpretación de las mismas**”.

(32) Sobre las críticas y la inutilidad del estudio de las **naturalezas jurídicas**, véase Héctor Alegría, “Algunas cuestiones de Derecho concursal”, Abaco, Buenos Aires, s.f.p. 36 y “El Aval”, Astrea, Buenos Aires, 1975 (“Crítica al concepto de naturaleza jurídica”), ps. 51-58. Sobre el tema existe una bibliografía muy am-

plia. Queremos, simplemente, llamar la atención sobre el punto de vista de este ilustrado y práctico comercialista argentino

- (33) Cfr. Fernando Londoño, "El futuro de la fiducia en Colombia", Cuaderno No. 10 de la Revista Felaban, Kelly, Bogotá, 1981, ps. 23-38.
- (34) Cfr. Hernando Tapias Rocha, "Control y vigilancia", en "¿Le conviene al país una reforma financiera?", Cámara de Comercio, Bogotá, 1984, ps. 95 a 106.
- (35) Debo buena parte de estas reflexiones a las opiniones que personalmente le suscité al Profesor Pedro Lafont, autor de una monumental obra de Derecho Sucesoral, quien con la paciencia y generosidad de los docentes de vocación, encauzó mis meditaciones y confirmó mis sospechas sobre las razones de la postergación de los Fideicomisos Testamentarios.
- (36) Sobre la función del Derecho Comercial respecto del Derecho de las Obligaciones, véase mi trabajo "El Derecho Comercial frente al Derecho Civil...", op. cit. ps. 22-24.
- (37) Cfr. Alberto Tamayo, "Manual de Obligaciones", Derecho y Ley, Bogotá, 1979, ps. 305 y 306, y nuestro trabajo "Algunas falacias...". op. cit., ps. 49-69.
- (38) Tamayo, op. cit., p. 355.

LA FIDUCIA MERCANTIL

Dr. Carlos Estaban Jaramillo

Comentarios a la ponencia presentada por el doctor Gilberto Peña.

Bogotá, Febrero de 1986

Gracias a la gentil invitación que tuvieron a bien hacerme los organizadores de este importante evento, me ha correspondido la difícil y por cierto muy honrosa tarea de comentar la excelente ponencia que bajo el título de “La Fiducia en Colombia, Dificultades, Soluciones y algunos aspectos de Derecho Mercantil”, acaba de presentar el doctor Gilberto Peña Castrillón. En efecto, no es sencillo en modo alguno emprender esa labor analítica ante un trabajo que, como el que ahora debe ocupar nuestra atención, es sin duda alguna raro ejemplo de circunspección académico y, desde luego, una nueva demostración de la manera conforme a la cual, a través del discurso fluido y franco propio de quien por muchos títulos ha probado ser auténtico conocedor de las instituciones mercantiles vigentes en nuestro país, es posible dejar de lado vanidosos ejercicios de superflua erudición y de una vez por todas, naturalmente con las dificultades que podamos encontrar quienes no contamos con la fina inteligencia del autor de esta ponencia, asumir toda la responsabilidad de comenzar a pensar, como atinadamente lo demandó el propio doctor Peña Castrillón en un reciente estudio suyo acerca del buen número de engañosos espejismos con los que en Colombia se ha perjudicado a la Teoría General de los Títulos Valores, sobre el genuino significado de muchas de las supuestas “novedades” introducidas por una legislación que acaba de cumplir catorce años de vida en el país.

Como ustedes seguramente lo han apreciado, fueron muchos y de variada índole los temas desarrollados por la ponencia, todos ellos de notable interés frente a los propósitos que persigue este certamen. Lamentablemente, el tiempo disponible no permite dedicarle a cada uno la atención que merece y, en consecuencia, trataré de presentar a ustedes algunas observaciones que, tomando en cuenta las apreciaciones del ponente con relación a tales aspectos, aspiran a puntualizar, en primer lugar, el pensamiento de la Superintendencia Bancaria sobre el régimen general de los servicios de “fiducia” dentro del orden jurídico bancario que impera en nuestro medio y, en segundo lugar,

los criterios básicos de acuerdo con los cuales el mismo organismo considera que deben ser concebidos y aplicadas las limitaciones administrativas a la actividad fiduciaria, de ser posible terminando con una breve alusión a la amenazadora expectativa, de la que hace eco el trabajo analizado, de una próxima "reglamentación" en el inmediato futuro.

I

Para iniciarse en el correcto entendimiento de una institución que, como sucede con la "fiducia mercantil", se encuentra caracterizada por múltiples e interesantes facetas que por igual interesan al llamado "Derecho Bancario" como rama del Derecho Mercantil o como expresión especializada del Derecho Administrativo, parece necesario comenzar por la identificación de un reducido número de apreciaciones conceptuales sobre las cuales ha de apoyarse, a nuestro modo de ver las cosas, cualquier examen más o menos profundo que sobre la materia pretenda hacerse. Pienso que una razonable presentación de ese conjunto de principios orientadores, podría ser la siguiente:

1. En primer lugar, debe advertirse que el denominado comúnmente "negocio fiduciario de transferencia" es, sin lugar a duda alguna después de promulgado el Código de Comercio de 1971, una operación autónoma con estructura, eficacia y funciones típicas, las cuales por cierto impiden confundirla con tantas otras figuras que le son parecidas v. rg., el mandato, la donación o la propiedad fiduciaria que instituye el Código Civil y obligan, aun cuando para algunos esto no parece ser suficientemente claro, a distinguir la mencionada figura de aquellos actos que de hecho conllevan "función fiduciaria" pero que, por su contenido, no puede sostenerse que respondan a la caracterización propia de la "fiducia" en el Código de Comercio. Sobre esto último, son muy ilustrativas las enseñanzas del profesor Joaquín Garrigues que recoge en un admirable estudio sobre los Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil (Pag. 19 y siguientes); a continuación las transcribo por virtud de la incuestionable relevancia que, a mi juicio, tienen para comprender los alcances de la "fiducia mercantil" frente a los "encargos o comisiones de confianza", previstos en la Ley 45 de 1923: "... La cuestión está en averiguar cual es la diferencia entre estos negocios, que consisten sencillamente en confiar a otro nuestros intereses, y los verdaderos negocios fiduciarios objeto de nuestro estudio. En mi opinión, el negocio de confianza es un

negocio jurídico unitario previsto y regulado en todos sus efectos por la ley, la cual concede a quien confía a otros sus intereses, los recursos apropiados que garantizan la leal ejecución del contrato (...) Pero en el verdadero negocio fiduciario el fiduciante LO JUEGA TODO A LA PURA CONFIANZA. Messina en su monografía sobre los negocios fiduciarios, los caracteriza porque en ellos la confianza en la persona que recibe una atribución patrimonial (fiduciario), SE CONSIDERA COMO CORRECTIVO UNICO DE LA HETEROGENEIDAD DE LOS MEDIOS JURIDICOS EMPLEADOS RESPECTO A LA FINALIDAD ECONOMICA. Dicho esto más claramente, la característica del negocio fiduciario reside en la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confía. Y esta potestad de abuso deriva de la transferencia al fiduciario de resortes jurídicos que éste puede utilizar o en interés de fiduciante —y esto es lo que debe hacer— o en interés propio — y esto es lo que no debe pero puede hacer. (...) De esta construcción general deriva la característica que la doctrina dominante atribuye al negocio fiduciario es, a saber, la interna desarmonía entre el fin que se proponen las partes (simple garantía o conservación de la cosa o del derecho) y el medio jurídico empleado (transferencia de la propiedad de la cosa o del derecho). Se provoca un efecto jurídico más fuerte para conseguir un fin económico más débil. Hay, en suma, una contradicción entre el fin y el medio empleado...”. Así las cosas, partiendo de esta idea fundamental, hoy por hoy se presenta en el país la “fiducia mercantil” como una institución jurídica típica que pueden llevar a cabo entidades que el legislador ha considerado como aptas para reconocerles capacidad de actuación como “fiduciarios”; que ello sea conveniente o no es interrogante que todavía no ha sido del todo respondido y, no obstante los valiosos argumentos que expusieron en su momento los autores del Proyecto de Código de Comercio de 1958, al explicar los motivos de los preceptos incorporados en el Título X del Libro III, hay quienes piensan con el jurista brasileño Waldemar Ferreira en un estudio sobre “El Trust Anglomericano en el Fideicomiso Latinoamericano” que: “.... No se siente la necesidad de dar carta de ciudadanía a esta Institución anglo-sajona; y no se siente porque esos contratos, sean cuales fueren los nombres con los que se les bautice se resuelven por las reglas de la Comisión Mercantil, cuando se entrega la cosa, o por las reglas del mandato....”, eso cuando no proclaman, a la manera de un alto tribunal español (referencia tomada de la obra del profesor Federico de Castro y Bravo. El Negocio Jurídico. Pág. 379) y no pocos casos con poderosas razones tomadas de la vida diaria, con ello lo que se logra es patrocinar modalidades anómalas de contratación determinantes de verdaderas calamidades sociales y judiciales.

2. La ley es clara en cuanto dice que la “fiducia mercantil” solamente puede ser desarrollada por entidades o instituciones que presentan condiciones satisfactorias de honorabilidad, eficiencia, seriedad profesional y solidez financiera; por esto se reserva la que pudiéramos denominar “vocación fiduciaria” a los establecimientos de crédito que han solicitado y obtenido permiso especial de la Superintendencia Bancaria para organizar y poner en funcionamiento “secciones fiduciarias” (Ley 45 de 1923 y Decreto 2461 de 1980), así como también a sociedades comerciales especializadas en tomar y desempeñar toda clase de encargos de confianza, habiendo obtenido previamente autorización de la misma Superintendencia, tal como lo dispone el artículo 1226 inciso 3 del Código de Comercio.

Así, pues, el principio general es que muchos de los actos jurídicos nominados en nuestro Derecho Privado implican “función fiduciaria” y la posición “fiduciaria” de aquel a quien por virtud de esos actos, **otro confía sus intereses**, puede ser asumida por cualquier persona natural o jurídica. Si esto es así, vale preguntarse porqué, entonces, la restricción recién aludida y hasta donde llegan sus alcances? La respuesta no debe ser demasiado espesa y por eso me remito a lo que en 1905 dijo sobre el tema el autor del que fue el primer intento de adopción legislativa del “Trust” angloamericano en América Latina, Licenciado Jorge Vera Estañol, cuando el gobierno del General Porfirio Díaz presentó al parlamento mexicano, el 21 de noviembre de ese año, una iniciativa para permitir la constitución de “... instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios...”, de la correspondiente exposición de motivos son los siguientes apartes: “... Para los que siguen de cerca el giro y el desenvolvimiento que en nuestro país han tomado los negocios comerciales, no ha pasado inadvertida la falta de ciertas organizaciones especiales que los países angloamericanos denominan Trust Companies o Compañías Fideicomisarias, según la traducción generalmente aceptada, y cuya función fundamental consiste en ejecutar actos y operaciones en los cuales EL AGENTE NO TIENE INTERES DIRECTO, sino que obra como mero intermediario, que las partes verdaderamente interesadas llaman en su auxilio PARA CONSEGUIR LA EJECUCION IMPARCIAL Y FIEL DE TALES ACTOS Y OPERACIONES EN BENEFICIO DE ELLAS MISMAS Y DE TERCERAS PERSONAS...”, añadiendo luego sobre la empresa propia de estas entidades que “... innumerables como son esos servicios, múltiples y complejos como se manifiestan las relaciones en las cuales el fideicomiso puede surgir como un auxiliar poderoso en la vida del comercio y en la vida de las personas y de las familias, su enumeración completa

sería absolutamente imposible. MAS LA FUNCION GENUINA DE ESTAS INSTITUCIONES ES SIEMPRE LA MISMA: INTERPONER LA MEDIACION DEL FIDEICOMISARIO PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO FUTURO, DE BUENA FE, EN CONDICIONES EFICACES Y EN TERMINOS CONVENIENTES, DE LAS OBLIGACIONES CREADAS AL AMPARO DE UN CONTRATO O DE UN ACTO QUE TIENE POR OBJETO EL BENEFICIO DE LAS PARTES O DE UN TERCERO...”, para terminar señalando la necesidad de que ese cometido económico competa exclusiva y excluyentemente a establecimientos especializados que estén sometidos, además, a un régimen especial de limitaciones administrativas que obedecen a circunstancias y objetivos que el documento resume así: “... Esta función puede desempeñarse, como constantemente es desempeñada, por individuos particulares. Sinembargo, pasa respecto de ella lo que acontece respecto a la función del crédito; aunque este último puede ser objeto de los actos de individuos particulares y a diario vemos que lo es, desde el momento en que se trata de instituciones especiales que sistemáticamente sirvan de intermediarios del crédito, se hace necesaria UNA REGLAMENTACION ESPECIAL CUYO OBJETO ES LA GARANTIA Y PROTECCION DE LOS INTERESES QUE A ESAS INSTITUCIONES SE CONFIAN...”. Significa esto, palabras más palabras menos, que desde hace ochenta años se viene pregonando la necesidad del control público sobre el ejercicio en masa de la “fiducia” por empresarios especializados y, lo que es todavía de mayor significación ante las lamentables realidades que por espacio de varios años ofreció el “fideicomiso comercial” en nuestro país, también desde aquel entonces quedó señalado que la misión de estos fiduciarios profesionales no puede ser la de practicar disimuladamente operaciones de crédito activas o pasivas, por cuenta propia y en no pocas situaciones defraudando normas de aplicación necesaria, pues el quehacer que les está reservado es de operar con servicios, de suerte que con este elemento conceptual de capital importancia es preciso que guarde estrecha congruencia esa potestad pública de supervigilancia y los reglamentos que puedan condicionar y orientar su ejercicio. Con toda sinceridad aspiro a que cuanto va dicho en estos párrafos pueda constituir, como lo pide la ponencia, cimiento firme razonable en teoría e intelectualmente decoroso, para proseguir en el trabajo sobre revisión de reglamentaciones administrativas vigentes en materia de fiducia que, de tiempo atrás, viene adelantando la Superintendencia.

3. En particular, por lo que respecta a la “fiducia mercantil” propiamente tal, de los tres momentos en los cuales se desenvuelve la

celebración y ejecución del negocio —encargo, transferencia y destinación— surge la construcción jurídica que permite explicar en forma más o menos armónica la estructura del acto y sus efectos que se extienden a los bienes dados en fideicomiso y a las personas que hacen parte de la relación fiduciaria.

La estructura de esa modalidad específica de negocio fiduciario, presenta dos elementos: Uno contractual que gira alrededor de un encargo o comisión de confianza que con muy variadas finalidades hace el constituyente a cualquiera de las entidades autorizadas por el artículo 1225 del Código de Comercio. El otro aspecto de carácter eminentemente real se refiere a la atribución patrimonial a título de dominio que contractual o testamentariamente, con las formalidades indicadas en el artículo 1228 del Código de Comercio, hace el fiduciante al Fiduciario como medio necesario para llevar a cabo aquel encargo. De lo anterior se deducen cuatro consecuencias fundamentales:

- a. El ejercicio o desarrollo de la propiedad del fiduciario, está siempre vinculado y circunscrito por el encargo mismo presentándose así la relación fiduciaria, como una limitación a la propiedad.
- b. El negocio fiduciario es netamente diverso del acto simulado pues no es aquel una ficción sino una realidad; lo que es característico en él es que se dirige a un fin lícito mediante la corrección de los efectos de un acto (transferencia o constitución de dominio) con otro acto que es la razón o motivo del primero.

Su estructura como categoría jurídica típica es la de que por un primer acto se actualiza un resultado de naturaleza real —transferencia de dominio— el cual, en su forma jurídica, es excesivo para el fin perseguido tratándose por tanto de reducirlo a los límites queridos mediante acuerdos adicionales de carácter obligatorio cuya ejecución se remite en gran parte a la confianza en las entidades que deben cumplir con estas llamadas “cláusulas fiduciarias”. De esto último surge toda la terminología que es propia del acto en estudio: Se llama fiduciante aquel que pone la confianza, fiduciario a aquella institución o entidad que por sus peculiares características de especialización y control es depositaria de la confianza del público en general.

- c. Debe anotarse también que la cláusula fiduciaria, no menoscaba ante terceros y entre las mismas partes, la efectividad y realidad

de la primera transferencia, siendo así que el fiduciario es el dueño verdadero, titular de un derecho de propiedad temporal y limitado por un encargo obligatorio originado en una relación fiduciaria entre las partes.

- d. Es perfectamente posible que el negocio fiduciario, como categoría o especie del acto jurídico indirecto, se presenta como una ficción encaminada a obtener un fin ilícito encubriendo una liberalidad oblicua que ante la ley fiscal debe entenderse como donación para efectos de hacerla objeto del gravamen.

En cuanto a los efectos propiamente tales del negocio fiduciario, sabemos que ellos se extienden en un doble sentido respecto de los bienes y de las personas que hacen parte de aquel.

- a. Respecto de los bienes fideicomitidos son de propiedad del fiduciario, pero entran en su patrimonio dotados de una autonomía imperfecta constituyendo un "patrimonio reservado" para todos los efectos legales. En forma incompleta nos indican estos efectos los artículos 1227, 1231, 1233, 1234, numerales 3, 4, 7 y 8; 1238 y 1239 numerales 3 y 4, 1242 y 1244 del Código de Comercio. Igualmente el aparte 1o. del artículo 109 de la Ley 45 de 1923 debe ser tomado en cuenta para estos efectos en cuanto ordena que todo establecimiento bancario que reciba fondos en fideicomiso según las normas pertinentes de las secciones fiduciarias de los institutos de crédito, los mantendrá separados del resto de los activos del banco.
- b. En cuanto a las relaciones jurídicas activas y pasivas que afectan a las partes en virtud de las "cláusulas fiduciarias" es importante destacar específicamente la posición del fideicomisario quien no es titular de ningún derecho real sobre el fideicomiso sino que solamente tiene una expectativa de adquirir el dominio en el evento en que la naturaleza del negocio fijada en el acto constitutivo así lo permita por haberse impuesto la obligación de restituir, sobre el fiduciario al extinguirse la relación fiduciaria por cualquiera de las causales indicadas en el artículo 1240 del Código de Comercio.

En los fideicomisos de administración, el fideicomisario tiene un derecho personal para exigir los frutos resultantes del desarrollo del encargo, derecho éste que está lejos de constituir una carga real que pueda pesar sobre la propiedad de otro. No hay en el derecho del Fideicomisario ninguna pertenencia concreta sobre el uso

o goce de una cosa sino solamente una correspondencia con un deber jurídico que tienen el deudor —fiduciario— de entregar los réditos o frutos.

Estas posibles alternativas y muchas otras, que hacen muy variable el interés jurídico del fideicomisario en la relación de fiducia, representa los extremos de su posición la cual es protegida por el legislador mediante el régimen de autonomía patrimonial imperfecta que afecta los bienes fideicomitidos u otorgando además a aquel las acciones y derechos que señala el artículo 1235 del Código de Comercio, pudiendo estos ser ampliados por vía contractual en el acto constitutivo.

II

El punto que corresponde tratar ahora conforme al temario propuesto en un comienzo, atinente en forma directa a varios planteamientos que hace el ponente sobre las dificultades que ha tenido el desarrollo del fideicomiso en Colombia, en la injerencia que la ley ha permitido a las autoridades —concretamente al Superintendente Bancario— en todo lo relacionado con la actividad de quienes, como comerciantes, se dedican profesionalmente a la prestación de servicios fiduciarios.

1. Conviene iniciar este capítulo recordando que, a partir de la expedición de la ley 45 de 1923, ha tenido plena vigencia entre nosotros el criterio legislativo de acuerdo con el cual es preciso que exista una permanente y efectiva vigilancia, a cargo del organismo ejecutivo competente que es la Superintendencia Bancaria, sobre aquellas instituciones a las que se ha reconocido capacidad para cumplir a cabalidad con probada honorabilidad, eficiencia y seguridad, los delicados deberes que implica asumir la calidad de fiduciario.

Tal como se ha dicho, toda relación “fiduciaria” conlleva en sí misma una cláusula que da por supuesta la existencia de absoluta confianza en la respectiva entidad, más aún cuando se trata de negocios fiduciarios de transferencia por virtud de los cuales se la dota de eficaces medios, sin duda alguna los más amplios de cuantos pueda disponer un gestor de intereses patrimoniales ajenos, para llevar a feliz término el servicio fiduciario, empleando otras palabras, bien puede

decirse que es característico de la cláusula fiduciaria sobreentendida tanto en el fideicomiso del Código del Comercio como en aquellas comisiones o encargos que describen los artículos 105 y 107 de la citada Ley 45, el que una de las partes contrata con la otra en quien ha depositado su confianza, en vista de las especiales calidades de esta y sobre la base de que el control estatal no permitirá que esa situación así representada sufra modificación en el futuro, hasta el punto de que pueda llegar a traicionarse la buena fé de constituyentes y beneficiarios por arte de la desverguenza o de la simple ineptitud.

Existe, pues, una clara razón justificativa para que, así como en nuestro derecho positivo se ha limitado la capacidad jurídica para la prestación de servicios fiduciarios en masa, así mismo existan, por mandato de la Ley, una competencia pública de la índole de la que se viene comentando y un buen número de limitaciones a la actividad fiduciaria; esa razón la resumió con particular acierto el especialista mexicano José Luis de la Peza en un conocido trabajo sobre Los Mandatos Fiduciarios de Administración de Inmuebles y de Inversión de Fondos, diciendo: "... El hombre necesita de la ayuda de los demás (...) y como no podemos bastarnos a nosotros mismos en el manejo de nuestros intereses, tenemos que acudir a los demás, depositando confianza en otros, en ocasiones porque es nuestro amigo o nuestro pariente, porque suponemos que tiene los dotes personales indispensables para confiar en él: honestidad, inteligencia, buen criterio; en ocasiones requiriendo un poco más porque se trata de un profesional. Las Instituciones Fiduciarias pretenden precisamente reunir todos los elementos que pueden ser base para la confianza: una solvencia económica, una conducta honesta, un profesionalismo y por eso ofrecen al público Servicios Fiduciarios, es decir servicios en los que invitan al público a depositar en ellas su confianza...". Entiendo que fué a la ineludible guarda de este tipo de intereses y legítimas expectativas a la que el H. Consejo de Estado, Sección Cuarta, en fallo de 10 de junio de 1976, se rifirió para definir la Resolución 214 de 1975, expedida por la Superintendencia Bancaria, como una expresión normal y conveniente de las funciones de vigilancia y control que a ese organismo, por mandato de la ley y "... en desarrollo de claros principios constitucionales le corresponden respecto de las entidades dedicadas a los negocios fiduciarios...".

2. La defectuosa operancia del control ejercido por la Superintendencia Bancaria.

- Manifestaciones de acuerdo con lo expresado por el ponente:
 - a) Actitud de sospecha, la desafortunada experiencia de años anteriores.
 - b) Desconocimiento teórico y práctico de lo que es la fiducia como expresión de un servicio bancario, así como de sus ejecutorias durante quince años o más.
 - c) Excesivo dogmatismo conceptual, en unos casos, y en otros, uso excesivo de la hermenéutica verbalista fundada en el tenor literal de las normas
- El tema del fideicomiso de garantía. Vale la pena, como lo sugiere la misma ponencia, hacer una breve referencia al caso mexicano, atendiendo al artículo 64 de la ley reglamentaria del servicio público de banca y crédito de 14 de enero de 1985, norma ésta que remite al artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del mismo país, en cuanto contempla un procedimiento judicial sumario, para el evento en que a petición del fiduciario tenga que darse cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus modificaciones si se trata de garantizar con ellos la satisfacción de obligaciones. Artículo 1203 prohibición del pacto comisorio. Artículo 1244 prohibición para el fiduciario de apropiarse de los bienes fideicomitidos.

3. Lo que debe incluir una reglamentación modificatoria y complementaria de la existente, recogida fundamentalmente en la Circular Externa DB-058 de 1978 y la Resolución 214 de 1975.

– **Contabilidad:** Definición de reglas flexibles que permitan asegurar de modo general la estricta observancia del principio de acuerdo con el cual en las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, custodia o administración las instituciones abrirán y conservarán contabilidades especiales para cada contrato, debiendo registrar en las mismas y a la vez en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les hayan confiado, así como todo incremento o disminución por los beneficios o gastos respectivos, diseñando los mecanismos técnicos indispensables para que invariablemente coincidan los saldos de las cuentas de control de la institución con cada contabilidad especial. Salvedad hecha del régimen excepcional que podría instituirse para ciertas modalidades rigurosamente reglamentadas de fideicomisos de inversión operados a través del sistema de los fondos

fiduciarios comunes, invariablemente debe observarse para todo efecto contable que los bienes fideicomitidos no pueden estar afectos a responsabilidades diferentes a las derivadas de cada fideicomiso en particular o las que contra ellos puedan corresponder a terceros de acuerdo con la ley.

Conforme a esta pauta general procedería la Superintendencia Bancaria, en desarrollo de lo prescrito por los artículos 48 de la Resolución 214 y 87 de la Ley 45 a señalar las normas de contabilidad a las que deben ceñirse las sociedades fiduciarias y las secciones del mismo nombre de los bancos comerciales y corporaciones financieras.

– **Control en la contratación. Modelos:** La acción de la Superintendencia en lo que hace referencia a este aspecto, no puede continuar en la misma forma y con el mismo sentido que hasta el momento ha tenido al amparo del artículo 6o. de la Resolución 214 de 1975. Quedó visto que la actividad mercantil de “fiducia” consiste en la prestación masiva de servicios de esta naturaleza, originada en la sistemática y continuada realización de contratos de fideicomiso, mandato o comisión mercantil que, por fuerza de las circunstancias, obliga a las empresas de fiducia a emplear, en el común de los casos, no en todos y esto debe quedar perfectamente claro, formas de documentación contractual a base de condiciones generales que no están concebidas para ser sometidas a un proceso previo de libre discusión con el usuario del servicio. Es aquí donde la entidad administrativa de control puede y debe actuar; el criterio general conforme al cual le corresponde hacerlo no puede ser sino la razonable derivación de los principios generales que justifican la existencia del control público sobre la actividad comercial de fiducia, es decir la necesidad de evitar que, como efecto de esas modalidades especiales de contratación, puedan resultar víctimas la ligereza, la debilidad o la inexperiencia.

– **Definición de algunas prohibiciones específicas.** Son ellas, en principio operaciones no autorizadas.

- a. Las relativas a operaciones con la misma institución fiduciaria en cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones, salvedad hecha de circunstancias especiales que a juicio del Superintendente Bancario excluyen razonablemente el riesgo de conflictos de intereses.

- b. Desnaturalizar la función fiduciaria, respondiéndole a fideicomitentes, mandantes o comitentes del incumplimiento de los deudores o de los emisores por los valores que se adquieren, así como garantizar la percepción de rendimiento por la inversión de fondos que les haya sido encomendada. En consecuencia, si al terminar el fideicomiso, mandato o comisión constituídos para esos efectos, esos rendimientos o los respectivos créditos no se hubieran cubierto por los obligados al pago, terminantemente las fiduciarias harán la correspondiente transferencia de titularidad al fideicomitente o al beneficiario según el caso. Así mismo, en la documentación propia de estas modalidades contractuales, será forzoso incluir en caracteres suficientemente visibles las estipulaciones necesarias para que el público tenga información exacta, completa y oportuna de estas situaciones.
- c. Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones para realizar cualquier clase de operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores directivos o administradores de la institución fiduciaria y personas naturales o jurídicas a ellos vinculados o, por encima de ciertos coeficientes porcentuales indicadores de riesgos anormales según los mismos criterios orientadores de los Decretos 3663 de 1982 y 990 de 1983, a empresas vinculadas a la propia institución cuando sea posible destinar los fondos recibidos al otorgamiento de créditos.

Dra. Setella Villegas de Osorio

Señores Participantes:

Poco o nada queda por analizar de la profunda y versada exposición que hemos tenido la oportunidad de oír del Traductor GILBERTO PEÑA CASTRILLON, aunada a la muy interesante participación del Primer Delegado de la Superintendencia Bancaria, Doctor CARLOS ESTEBAN JARAMILLO. A la suscrita prácticamente le resta muy poco para expresar, porque quienes me antecedieron en la presente disertación escudriñaron por todos los rincones de la Fiducia. Permítanme Ustedes, entonces, referirme en concurso con ellos a algunos de los asuntos tratados, para darle ambiente a un debate que, en adelante, correrá por cuenta de todos Ustedes.

Los aquí presentes son versados en la materia que sirve de propósito a este Seminario; empero, ante la necesidad de conseguir un marco que me guíe, es importante, en primer lugar, recordar lo ya sabido y sobre lo cual los Autores recaban en todos los casos, por constituir el núcleo de la Institución, del cual no puede sustraerse el Contrato aquí analizado y es el significado de la expresión “FIDEICOMISO” que tiene una arraigada acepción no solamente en nuestro Derecho e Idioma, sino en todos los medios donde la Institución se ha enraizado, empezando por el Derecho Romano a partir del cual se le equipara con la significación de “Confianza”.

Ha sucedido lo propio con el término “TRUST” con el que también se distingue la actividad Fiduciaria, el que tiene variados sentidos, la mayoría de los cuales hacen referencia a la confianza y buena fé por lo menos en su traducción literal; pero independiente de su aspecto gramatical, ambas locuciones parecen ser sinónimas, aun cuando en los países de habla Hispana la segunda acepción prácticamente nada agrega a la noción o sentido de la primera.

De allí que cuando se hable de un Negocio Fiduciario, necesariamente debe concebirse, indiscutiblemente, como actividad fundada en la Confianza. Y no es que los Negocios y las Obligaciones en general puedan proyectarse bajo presupuestos diferentes al respeto mutuo entre las partes intervinientes. Lo que sucede, reitero, es que el Negocio Fiduciario como el que más, se construye bajo este fundamental principio.

Como bien lo indicó el Doctor PEÑA CASTRILLON cuando se

refirió al desenvolvimiento Histórico de esta Institución, la Fiducia Testamentaria es tan antigua en nuestro medio como lo es el Código Civil, al haber sido introducido como una de las formas de limitación de la propiedad, conferida como gravamen a la misma, al pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición preestablecida.

En realidad, este tipo de Fiducia poco se desarrolló en nuestro medio y así lo certifica el Expositor de Fondo de este Simposio. Quizá la respuesta que no encuentra el Doctor PEÑA la puedan dar quienes participan en el Ciclo referente a los Aspectos Tributarios. Ninguna disposición de esta índole protegía al propietario Fiduciario de los bienes, en tanto éste detentaba dicha calidad, por cuanto el debía sufragar las distintas obligaciones impositivas que se causarían en el período correspondiente, vale decir, entre el establecimiento de la condición preestablecida o hasta la comprobación que la misma era fallida.

El verdadero piso o plataforma de lanzamiento para la Fiducia en Colombia se da con la creación legal de los “**Patrimonios Autónomos**” y las consiguientes disposiciones que regulan la materia de la Fiducia Mercantil. En efecto, a través del Artículo 1233 del Código de Comercio se dispuso que:

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

Aunado a lo anterior, en materia Tributaria se expidieron los Artículos 36 del Decreto 2053 de 1974 y 3 del Decreto 2348 de 1974, que clarificaron totalmente quién es el sujeto obligado a tributar, cuando se crean los “Patrimonios Autónomos” de que se ocupó el Artículo 1233 antes transcrito.

A partir de esa época si debió haberse desarrollado la Fiducia en Colombia, por cuanto las actividades anteriores a 1972, época en que entró en vigencia el Código de Comercio, se revestían con la característica de los Contratos de **Comisión**, **Corretaje** u otras formas contractuales asimiladas y en algunas ocasiones se constituyeron bajo la forma de **Mandatos** más o menos amplios, cuya finalidad com-

prendía asuntos económicos, financieros y aún administrativos, similares a los desarrollados bajo el esquema propuesto por el Señor KEMMERER en la Ley 45 de 1923, en el que el Fiduciario actuaba casi exclusivamente como Depositario dentro de la más amplia gama del concepto, a raíz de lo cual recibía valores, documentos, acciones, escrituras y hasta joyas para su custodia o administración, según fuera el caso.

Ciertamente, los anteriores Contratos no constituían "Fiducia" en el sentido estricto y, por el contrario, no iban más allá de las formas Jurídicas en que se fundaban y lo único que les era común con esta Figura radica en la confianza que se le debe a la persona a la que se le entregan bienes para su manejo. Las pocas "Fiducias" que se realizaron por aquellas épocas dependían de una forma contractual atípica e importada, que como todos lo dicen, corresponde a un Sistema Jurídico distinto al nuestro cual es el Anglosajón. Porque la Fiducia en Inglaterra se desarrolló gracias a que no dependía de Leyes o de Reglas, sino de la "Equity", vale decir, de Tribunales de Equidad, forma de Juzgamiento característico del sistema Anglosajón que no puede darle entre nosotros, a no ser por medio de Tribunales de Arbitramento en los que las partes escogen que se les procese en "Conciencia" y no en "Derecho", lo que no es común en nuestro Ordenamiento Legal.

Volviendo a la Institución del Trust y a sus orígenes, hay quienes dicen que en aquellos, como ahora, los Fiduciarios deben actuar no sólo ajustados a Reglas Jurídicas, sino a algo más importante como es su propia palabra (1). Esta premisa es muy ilustrativa, porque si la Fiducia sirve **para casi todo** y ello es bien cierto, el Fiduciario debe atender su encargo sobre la base de proteger y mantener su buen nombre, aun cuando no exista disposición Legal que le regule su actividad para saber qué camino debe o puede tomar. Porque el Fiduciario no tiene sino una sola vía para transitar cual es "cumplir fielmente con la misión que se le encomienda", sin que se encuentre obligado a la consecución del objetivo que se le asigna, ni a correr con los riesgos consiguientes de la gestión que corresponda el encargo recibido, por cuanto él no puede obrar como Asegurador porque no lo es y en cambio, debe actuar sóloamene bajo los principios que enmarcan la acción de un buen padre de familia.

En este orden de ideas, salta una consecuencia por evidente. Los

(1) Pierre Lepaulle: Tratado teórico y práctico de los Trust.

Entes Fiduciarios no se decretan, los impone una comunidad que cree en ellos hasta el punto de entregarles sus Patrimonios en forma definitiva o transitoria. Y tampoco puede esperarse que la Fiducia se desarrolle estableciéndole regulaciones que sean distintas a aquella que propende por garantizar el respeto por el Orden Público, entendido también en sentido Económico, tan en boga en estos instantes. Tal parece que nuestro Ordenamiento Mercantil cumple con el propósito antes señalado y es suficiente marco de referencia para regular la actividad Fiduciaria. Esta forma de Legislación que se limita a señalar los parámetros básicos de este Negocio Jurídico, ha tenido buen suceso en países de similar estructura Jurídica donde la Fiducia ha podido desarrollarse plenamente, hasta el punto de poder obtener los resultados que de esta Institución puede esperarse.

En sus comienzos, según lo aseguran los Historiadores Jurídicos y discúlpenme que vuelva a reencontrarme con el pasado, la Fiducia servía para eludir la Ley y hay quienes se atreven a afirmar, también, que “debe su origen y amplio desarrollo al ingenio de los defraudadores”. Por lo menos ésta es la apreciación de uno de los impulsores de esta Institución, el Señor LEPAULLE.

No obstante, parece contradictorio, por decir lo menos, que algo nacido de la Confianza, que se desenvuelve bajo el principio fundamental de la Buena Fé que le permite la consecución del resultado pactado, a más de contar con un único Código para resolver controversias entre las partes, cual es el de la Equidad, pudiera tener como uno de sus propósitos el que describe el Autor citado, vale decir, servir de medio “Simulador” para obviar las restricciones de orden legal o contractual.

Sospecho que los Entes Gubernamentales se atemorizan por el criterio ampliamente difundido por parte de la Doctrina, criticable por cierto, que confunde el propósito de la Fiducia con la Astucia de los Contratantes, dirigida ésta sí a contrariar la Ley. Los escándalos no convienen al Comercio, particulamente ubicado en aquellos que manejan el Crédito, pero con mayor razón al Fiduciario, en cuanto éste basa su función en lo que no puede perder ni una sola vez —La Confianza—.

Por ello, me atrevo a disentir de quienes justifican la Fiducia unida a la “Simulación”, al “Pacto por Otro”, al “Fraude contra Terceros” y, en fin, a los que ven en ella mecanismo para obviar talanqueras bien o mal fundadas del Derecho Económico. Prefiero, por todo, acu-

dir al pensamiento del bien ponderado Profesor JOAQUIN GARRIGUEZ (2), quien reconoce en esta Institución el mérito de absorber o prohijar innumerables figuras desconocidas por el Legislador; o de servir para alcanzar finalidades diversas a las previstas por la Ley, pero en todo casi lícitas. Nos enseña GARRIGUEZ textualmente: “La razón de ser de estos negocios —Los Fiduciarios— es la radical insuficiencia de los repertorios Legales frente a las necesidades de la vida práctica; el conflicto entre la esencial estabilidad de los Ordenamientos Legales y la inevitable variabilidad de las exigencias económicas vitales.....”.

Deduzco del análisis efectuado por el Autor antes citado una nueva agrupación de eventos que justifican la existencia de los Negocios Fiduciarios, derivados de la fuente que los origina. Veamos, de una parte, éstos pueden surgir de la configuración de formas contractuales atípicas y, de otra, pueden nacer a partir de un Contrato nominado cuando la finalidad buscada con el mismo, fuere alguna otra que no llegó a imaginarse el redactor de la Norma Legal. Más allá de ésto, una nueva posibilidad para que fluyeran Contratos Fiduciarios, puede deberse a la exagerada y rápida movilidad del Comercio contra un Ordenamiento Legal estático. En resumen, la Fiducia no se puede concebir sobre la base de la mala fé o del fraude a la Ley o a los terceros.

De allí que nuestro Legislador Mercantil, interpretando a quienes desean propender o impulsar la Fiducia como elemento idóneo de nuestro Derecho y en salvaguarda de su prestigio, dispuso en el Artículo 1238 que:

“Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, **a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo**. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes.

El negocio fiduciario **celebrado en fraude** de terceros podrá ser impugnado por los interesados” (Subrayo).

La buena intención de los redactores del Código plasmada en el Artículo antes transcrito se desvirtúa con la exagerada sanción que se pretendió a través de esta disposición Legal y esto es negativo para la

(2) Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil

Fiducia. Analicemos su contenido: La necesaria estabilidad de los Negocios Fiduciarios, con la única excepción de los que se constituyen en fraude de terceros, parece tener una censura adicional, derivada de una aparente forma de “Acción Pauliana”, solo que más drástica que la figura civil, si es que estamos hablando de lo mismo. Establezcamos si se trata de la Institución mencionada.

De ella, vale decir de la Acción Pauliana, expresa GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ, “es un medio que la ley les otorga a los acreedores para obtener la reconstrucción del Patrimonio del deudor, deteriorado por **actos fraudulentos** de éste con perjuicio de los créditos de aquellos” (Subrayo).

El requisito determinado para que prospere la “Acción Pauliana” se dá cuando la disposición de los bienes del Deudor se haya efectuado sobre la base de su mala fe y en perjuicio de sus acreedores. Ahora, cuando los Contratos afectados de tal vicio sean onerosos, es preciso que el fraude se haya cometido en complicidad entre las dos partes Contratantes.

En estas circunstancias, cuando el Deudor sea solvente y la transferencia de algunos de sus bienes no vaya en desmedro de la posibilidad de responder por sus deudas, los Acreedores no pueden intentar la citada “Acción Pauliana”. Sobre este evento afirma el mismo Autor OSPINA FERNANDEZ que aun cuando los actos de **disposición** del deudor impliquen disminución Patrimonial, cuando no rebasan los límites de la insolvencia, los Acreedores carecen de interés y, en consecuencia, de la posibilidad de ejercer sus acciones que reivindicquen la garantía general de sus acreencias, porque, “sin interés no hay acción”.

En este orden de ideas, parece ser que el Legislador Mercantil hubiese creado una nueva especie de “Acción Pauliana”, en la que no se requiere probar ni el “consilium fraudis”, en otras palabras la confabulación que se puede presentar entre el Deudor y su Fudiciario, ni tampoco la mala fé exclusiva del Deudor, según se impone para los Contratos que se celebren a título gratuito (Artículo 2491 del Código Civil).

Lo previsto en el Código de Comercio es definitivamente más amplio a lo dispuesto en el correspondiente del Código Civil. En la Fiducia, se dejó de lado el fraude, la mala fé, la insuficiencia de los bienes del Deudor para responder por las obligaciones contraídas,

para dar cabida a la posibilidad de enervar la Fiducia por deudas contraídas con anterioridad a la misma, aun cuando no se configuren los elementos fraudulentos ya enumerados.

Si bien es cierto que en ocasiones el Fideicomitente puede entregar todo su “patrimonio” en Fiducia, con lo cual podría presumirse la mala fé o la improvidencia del mismo como Deudor, en caso de no contar con la aquiescencia o participación de todos sus acreedores, no lo es menos que cuando no hay una transferencia universal del Patrimonio, podría haberse mantenido una porción del mismo para responder por acreencias previas a la constitución de la Fiducia. Sin embargo, la exigencia legal contenida en el Artículo 1238 del Código de Comercio al que me vengo refiriendo, no parece tener en cuenta esta posibilidad. Por el contrario, la solución prevista en la Ley es drástica y fatalmente otra.

Infortunadamente, ni la Jurisprudencia ni la Doctrina pueden darnos la mano para ayudarnos a dilucidar ese inconveniente que, en la práctica, puede frustrar Negocios Fiduciarios lícitos y de mucha utilidad, tales como Patrimonios Fideicomitidos que se crean, precisamente, como generadores de mecanismos para manejar Empresas que les impide entrar en insolvencia, o para prevenir Concordatos de Sociedades en cuyas Contabilidades no se tengan plenamente determinados los pasivos por los que legalmente se deba responder, lo que no quiere decir que se esté obrando de mala fé o en fraude de aquellos.

Generalmente los Legisladores especializados dejan de lado Instituciones tratadas o reguladas en el Ordenamiento Común y ésto, de seguro, para no entrar en temas que han sido contemplados en forma por demás amplia y, que de retomarlos, no tendrían otra virtud que repetir el texto de manera integral. Empero, con el Artículo 1238 del Código de Comercio, no se hizo lo propio y, más bien, se dejó de lado la terminología del Código Civil, por lo menos en la primera parte del Artículo citado, que le da la opción a cualquier acreedor del Fideicomitente o Fiduciante, para perseguir los bienes del deudor cuando las acreencias sean anteriores a la constitución de la Fiducia.

En consecuencia, en este aparte el Legislador no exige que exista el deseo de “dañar”, ni la intención de maniobrar para perjudicar a los acreedores, como tampoco la ausencia de la buena fé que es una condición indispensable para que pueda darse el Fraude Pauliano.

El segundo inciso del Artículo comentado, en cambio, sí se compagina con la Acción Pauliana del Código Civil. En éste tiene la razón el Doctro PEÑA CASTRILLON y por ello tal vez, como él lo expresa, esta parte de la disposición no tendría que volver a referirse a la prescripción y demás asuntos que tienen que ver con esta importante figura del Derecho Romano, con la que se pretende la defensa de los acreedores de buena fé. La remisión en cambio, repito, no cabe respecto de la primera parte del Artículo, y de allí que mi criterio deba interpretarse, pues, que la oportunidad para perseguir los bienes fideicomitidos, tendría vigencia mientras la Fiducia subsista, sin ninguna consideración adicional.

Toca también el Doctor PEÑA CASTRILLON el tan debatido tema de la denominada "Fiducia de Inversión". Los Mejicanos, inspiradores de nuestra Legislación Mercantil en el campo Fiduciario, han reglamentado esta especie de Fiducia, en el entendido que en ese país se observó un desbordamiento de la Actividad de las Sociedades especializadas en Asuntos Fiduciarios, al orientar buena parte de su esfuerzo Empresarial a desempeñar encargos en los que actuaban como verdaderos "Intermediarios Financieros", entendiendo por tales, los que se dedican de manera profesional y habitual a la captación masiva de dineros del público para colocarlos nuevamente en esa misma dirección.

Relatan autores tan autorizados en la materia Fiduciaria como RODOLFO BATIZA, que las Autoridades Mejicanas se encontraban preocupadas por aquellos Negocios Fiduciarios en los que su objeto coincidía "con ciertas Actividades de Crédito Bancario" y cuyo propósito, por lo menos es lo que nos relata el Profesor BATIZA, era eludir medidas monetarias y de crédito, dictadas por la Autoridad competente de ese país. Como consecuencia de lo anterior, para el año 1951 se les prohibió a las Sociedades Fiduciarias celebrar Contratos de Fideicomiso que tuvieran como finalidad el otorgamiento de créditos a particulares, cuando la colocación de los fondos quedara al criterio exclusivo del Ente Fiduciario.

Se mantuvo en cambio, en este país, la posibilidad de celebrar contratos de préstamo con los fondos Fiduciarios, cuando el propio Fideicomitente designara al Beneficiario del Crédito y, para corroborar su expresa voluntad, se exigía la comparecencia de él en el documento mismo que lo configuraba. Igualmente, se ratificó la posibilidad de efectuar dichas Fiducias a través de Títulos Moviliarios de Inversión, distintos a los de Crédito.

Si nos atenemos a los principios que caracterizan la Actividad Fiduciaria, tendríamos que concluir que el pretendido “Fideicomiso de Inversión”, en el que el Fiduciario opera como un verdadero “Intermediario Financiero”, no debería constituir un Negocio Fiduciario, por cuanto en estos eventos o bien “no se estaría cumpliendo con una finalidad determinada por el Constituyente” o, “el provecho de la operación se generaría para el Fiduciario y no para el Fideicomitente”, lo cual desnaturaliza la Fiducia, según se deduce del Artículo 1226 del Código de Comercio Colombiano que, por cierto, está adecuado en un todo a los parámetros generales de esta Institución. De otra parte, no es de la esencia fiduciaria, participar en Negocios en que el Fiduciario se comprometa en el riesgo del Negocio, por cuanto su papel no debe inmiscuirse en las consecuencias de la operación, ni para ganar ni para perder.

Por lo demás, es bueno recabar sobre algo que se ha manifestado no solamente de tiempo atrás, sino también en esta oportunidad. Las Sociedades Fiduciarias, por lo menos en nuestro país, pueden celebrar todos aquellos Contratos o dedicarse a cualquier actividad que no se encuentre prohibida, o que desconozca el Bien Común o lo contravenga y ésto por cuanto las Sociedades de este tipo no están sujetas a regímenes excepcionales como, en cambio, acontece con las Entidades de Crédito, entiéndase como tales Bancos, Corporaciones de Ahorro y Vivienda y Financieras, Compañías de Financiamiento Comercial y, además, las Compañías de Seguros, para no citar sino algunos casos.

No obstante, y precisamente por lo anotado, existen ciertas **actividades** o **contratos** que el Legislador reservó para aquellas Entidades que pueden actuar con fundamento en la especialización que les reconoció la Ley dentro del Mercado. Entonces, lo que es lícito para ellas, deja de serlo para quienes pretenden desarrollarlo sin contar con el Permiso, Licencia o Concesión especial del Estado. Lo propio ocurre con la Fiducia que comprende “transferencia de la propiedad” y conformación de “Patrimonios Autónomos”, que no se puede llevar a cabo sino por intermedio de Sociedades Fiduciarias “especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria o por los Establecimientos de Crédito cuya Sección correspondiente esté expresamente autorizada por la misma Entidad Gubernamental” (Artículo 1226, inciso 3.).

Cuando se pregunta el Conferencista y quizá la mayoría de los presentes, cuál es la razón para que en Colombia no se haya desarrollado

la Fiducia en su concepción más amplia, me atrevo a juzgar y en ello me acompañan diversos Autores y Comentaristas propios y foráneos que, ello se debe entre otras razones, al “**facilismo**” a que se refiere el Doctor PEÑA CASTRILLON, según el cual las Fiduciarias prefieren en casos, como el que se ha comentado, desarrollar una operación como la pretendida y mal conceptualizada “Fiducia de Inversión”, obteniendo un lucro a través de operaciones que les reportan mayor ganancia y casi ningún esfuerzo.

Lo anterior en contraposición con Negocios Fiduciarios que no se construyen ni se pueden diseñar en forma masiva, por cuanto tienen más de Jurídico que de Financiero o, que si bien pueden comprenderse dentro de modalidades lícitas y perfectamente compatibles con la estructura Fiduciaria tales como los denominados “Investment Trust” (3), éstos resultan complejos por la idoneidad que se requiere para ejecutarlos con éxito, no solamente en la elaboración y desarrollo de los correspondientes modelos de Contratos Fiduciarios, si se tratara de los primeros, sino del conocimiento profesional del Mercado Financiero, si nos referimos a los segundos.

Si el tema de la “Seudo Fiducia de Inversión” es motivo de preocupación general en Colombia actualmente y se conocen las prevencciones y correctivos que en otros países han sido aplicados, al parecer con buen éxito, podría generarse como consecuencia de este Simposio una iniciativa que tendiera a enmarcar estas situaciones dentro de los supuestos que caracterizan la Fiducia, y que no pueden ser distintos a los resumidos por GARRIGUEZ, provenientes de la concepción Anglosajona que caracteriza este Negocio, según el cual “el poder jurídico que recibe el Fiduciario es ilimitado desde el punto de vista real, aunque por el pactum fiduciae se le obligue a hacer uso de ese poder solo en interés del Fiduciante”.

Hay quienes afirman que los Fiduciarios, tanto como las Bolsas de Valores y otras Agencias especializadas en el Manejo, Administración y Consejería de Clientes, deben “autorregularse” sin esperar que sea el Estado el que intervenga en sus actividades cotidianas. La Fiducia tiene suficiente Historia para que requiera de pautas fijadas por el Estado en orden a establecer sus propios objetivos y consecuentes Reglas de Conducta en lo que hace a su Clientela, es preciso advertir que en una Economía que crece y se hace compleja, se precisa de

(3) Véase al final del texto.

Entidades cuyas actividades lícitas le ayuden a los particulares a manejar sus negocios dentro de cánones legítimos, clientela ésta a la que los redactores del Código de Comercio Colombiano quisieron dejar una amplia posibilidad de censura como medida de Control de los intereses entregados a las Sociedades que cumplen con esos Encargos.

La autoregulación y disciplina debe partir de la propia Entidad Fiduciaria y de quienes desempeñan funciones análogas y por tanto, no debe atemorizar a quienes gozan de la Confianza del público, porque ella, es decir la Confianza, señala el límite de sus posibilidades y a su vez se nutre a la Fiducia, en cuanto es indudablemente su materia prima.

Para terminar, no sobra advertir que las apreciaciones sobre el tema son personales, no comprometen sino a la suscrita y el privilegiado escenario donde actualmente me encuentro, si bien me ha permitido comprender este Negocio en sus raíces más íntimas, no me autoriza como vocero de sus propias inquietudes.

(3) LEPAULLE resume así lo que se entiende por “Investment Trusts”:

“Los “Investment Trusts” se presentan bajo dos formas diferentes.

La primera es del “fixed type” y funciona del modo siguiente: un banco compra en bolsa cierto número de valores, forma con ellos una masa llamada unidad y se declara su “trustee” en provecho de los portadores de “trust certificates” que vende sobre la base de la cotización de los títulos de la unidad, agregando una suma fija, que constituye la utilidad del banco. La ventaja de la combinación para el capitalista, radica en la diversificación de los riesgos.

La segunda forma del “Investment Trust” se distingue de la primera en que los valores que constituyen la unidad no se seleccionan en una sola vez, sino que los “trustees” pueden cambiarlos, dentro de los límites estipulados en la declaración del “trust”.

Este tipo de “Investment Trust” constituye un organismo financiero de primer orden cuando el “trustee” es de una integridad perfecta y de una probada competencia.

En efecto: el capital de cada “investment trust” es considerable; el “trustee” cuenta con los medios materiales para tratar científicamente

ficamente el problema de la colocación de capitales. Puede, merced a servicios competentes y especializados, examinar contabilidades, visitar fábricas, controlar estudios de minas, estudiar mercados nacionales e internaciones del producto fabricado, antes de comprar acciones. El "trustee" hace pues, lo que ningún banco, y ningún periódico financiero tiene prácticamente capacidad de hacer entre nosotros. Su labor se facilita, además, singularmente por las sociedades cuyos títulos son susceptibles de ser adquiridos por un "investment trust". En efecto, tales "trusts" tienen sobre el mercado de valores grandísima influencia: la compra de sus acciones por un "trust" aumenta el prestigio de la sociedad que las ha emitido, prestigio que no deja de hacer subir las acciones en la bolsa, para mayor ganancia de los participantes del "trust".

CAPITULO II

**ASPECTOS DE DERECHO
TRIBUTARIO**

LA FIDUCIA MERCANTIL EN EL DERECHO TRIBUTARIO

Por: Juan Rafael Bravo Arteaga

I - EVOLUCION DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS

La fiducia mercantil, introducida como una novedad jurídica en nuestro sistema legal por el nuevo Código de Comercio de 1971, tuvo bastante dificultad para penetrar en las prácticas mercantiles, a mi modo de ver, por razones provenientes del Derecho Tributario.

A este respecto debemos recordar que en 1974, tres años después de expedido el Código de Comercio, fue promulgada la reforma tributaria del Presidente López, en la cual aparecieron normas relativas al tratamiento de la fiducia mercantil en el impuesto sobre la renta y en el impuesto sucesoral, que dificultaron el entendimiento y la aplicación de la nueva institución jurídica.

Las normas relativas al tratamiento de la fiducia mercantil en el impuesto sobre la renta aún permanecen en vigencia y, como tendremos oportunidad de examinarlo en el presente trabajo, son bastante deficientes y confusas en su aplicación.

Sin embargo, la dificultad que inicialmente tuvo la fiducia mercantil para su desarrollo, provino indudablemente del contenido de las normas sobre el impuesto sucesoral y en especial de las presunciones de donación que estableció el decreto legislativo 2143 de 1974. En el artículo 6o. de dicho decreto se dijo lo siguiente:

“Para los efectos de este decreto, se presumen donaciones entre vivos:

..... 6.- Las transferencias de bienes que, en virtud de contratos de fiducia mercantil, deban pasar a personas distintas del consituyente. Tratándose de bienes o activos patrimoniales, la donación se entiende causada al momento de celebrarse el contrato; y tratándose de rentas o utilidades, se entiende causada en 31 de diciembre del año respectivo”.

Conforme a la disposición transcrita, todo contrato de fiducia mercantil que tuviera por objeto la transferencia de patrimonios o

de rentas a terceras personas era considerado donación, razón por la cual los notarios no podían autorizar la correspondiente escritura pública sin que se desvirtuara la presunción legal o sin que se demostrara el pago del impuesto sobre la donación presunta, (a. 18 Dcto 2143/74). Como consecuencia de lo expuesto, solo los contratos de fiducia que tuvieran por objeto la administración de los bienes del constituyente y la entrega de los frutos al mismo se encontraban libres de la traba en cuestión. La fiducia constituida por testamento suponía el juicio de sucesión y el pago del impuesto sucesoral.

Pero allí no terminaban las dificultades, pues el artículo 7o. del mismo decreto legislativo establecía que la donación era una presunción de derecho, cuando entre el constituyente y el beneficiario existiera parentesco de primer grado de consanguinidad o único civil (padres e hijos por naturaleza o por adopción).

Estas dificultades estuvieron vigentes hasta el mes de febrero de 1983, cuando se expidió el decreto legislativo 237 de dicho año, por medio del cual se suprimió el impuesto sucesoral.

Sin embargo, a pesar de la supresión del impuesto, las autoridades fiscales y los supervisores del notariado público consideraron vigentes las presunciones de donación y así lo expresaron por circular No. 31 del 1o. de junio de 1983, dirigida a los Notarios del País y originada en la Superintendencia de Notariado y Registro.

Solamente por sentencia del 13 de septiembre de 1985, el Consejo de Estado vino a declarar nula la circular en referencia, por considerar que "la más elemental lógica enseña que desaparecido el impuesto sucesoral por virtud del decreto 237 de 1983, simultáneamente desaparecen tanto el régimen de presunciones como la autorización y prohibición antes mencionada". (JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. T. XIV, pág. 1023).

Como puede verse claramente, solo hasta fecha muy reciente han quedado suprimidos todos los obstáculos que dificultaban en la práctica el pleno desarrollo de la fiducia mercantil.

II - CRITERIO BASICO

Al examinar en los párrafos siguientes el instituto de la fiducia desde el punto de vista tributario, debemos tener presente como

punto de partida que el negocio en cuestión es preciso analizarlo como una manifestación de capacidad económica de la cual es titular una persona. Es decir, que en la relación jurídica de que se trata se producen ingresos capaces de generar el enriquecimiento en el patrimonio de una persona, al igual que se detectan activos y pasivos que configuran un determinado patrimonio personal, cuyas titularidades es preciso esclarecer, con el fin de determinar cuándo nace la obligación tributaria, a cargo de quién y en qué cuantía.

Por consiguiente, no es el caso de estudiar todas las relaciones jurídicas entre las partes que intervienen en la formación del negocio, sino únicamente aquéllas que tienen que ver con los hechos sometidos al impuesto sobre la renta, con la forma de su presentación en la declaración tributaria y con su registro en la contabilidad de los contribuyentes afectados.

III - ASPECTOS DE LA FIDUCIA QUE INTERESAN AL DERECHO TRIBUTARIO

El artículo 1.226 del Código de Comercio define así la fiducia:

“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.

“Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

“Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”.

De la disposición transcrita y de las que le siguen en el Código, podemos destacar las siguientes características mercantiles que determinan un tratamiento tributario:

Primera.- El negocio implica la **enajenación** de un bien por parte del constituyente al fiduciario, pues no otra es la significación que se le puede asignar al término “transfiere”.

Entre las significaciones que le da a la palabra “transferir” el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, que son las siguientes: “Paso o conducción de una cosa de un punto a otro - traslado entrega - cesión - traspaso - enajenación - transmisión de la propiedad o de la posesión - remisión de fondos de una cuenta a otra, sea dé la misma persona o de diferentes” (Tomo IV Pág. 279 Ed. Omeba/68), las únicas que encajan adecuadamente dentro del significado del artículo son las referentes a cambio de propiedad, pues es evidente que los significados de “paso o conducción”, “traslado” o “cesión” son completamente inapropiados y porque si el título de fiducia fuera de simple tenencia, lo habría dicho en tales términos el Código.

Si la fiducia no implicara cambio de propiedad, carecería de sentido el artículo 1227 al decir que “los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario”, pues es obvio que los bienes recibidos en tenencia no constituyan prenda para los acreedores del tenedor.

En ese mismo orden de ideas, también sobraría el artículo 1233 del C. de Co., al declarar que “los bienes objeto de la fiducia son un patrimonio autónomo dentro del patrimonio del fiduciario”, pues si no hubiera enajenación, los bienes no estarían en el patrimonio del fiduciario.

En el Libro la Fiducia del Dr. Ramiro Rengifo se dice lo siguiente, después de transcribir el artículo 1126 del C. de Co.:

“Lo característico de la Fiducia, como puede colegirse de la definición es la **transferencia de la propiedad que una persona (el fideicomitente) hace a otra (el fiduciario) de ciertos bienes muebles o inmuebles** para que esa persona los administre y posiblemente los enajene, no para su beneficio, sino para cumplir una finalidad determinada en beneficio de un tercero (llamado beneficiario). Ese tercero beneficiario puede ser el mismo constituyente o fiduciante o fideicomitente”. (Pág. 20 Edición 1984. Colección Pequeño Foro) (He subrayado).

Segunda.- La fiducia mercantil puede originarse en un contrato, caso en el cual se debe celebrar por escritura pública, o puede tener su origen en un acto testamentario (a. 1.228).

Tercera.- En el contrato intervienen tres partes: el **fideicomitente o constituyente**, quien realiza la enajenación de uno o de varios bie-

nes; el fiduciario, que es un establecimiento de crédito o una sociedad fiduciaria especialmente autorizada, al cual se le transfieren los bienes para administración o enajenación y con el fin de cumplir una finalidad en beneficio de otra persona, y el **fideicomisario o beneficiario**, el cual puede ser diferente del constituyente o puede ser el mismo constituyente, a quien le pertenece el provecho de la gestión del fiduciario.

Cuarta.- Los bienes que constituyen el fideicomiso son un “patrimonio autónomo” diferente del resto del patrimonio del fiduciario (a. 1.233), deben mantenerse separados de los bienes del fiduciario y de los demás bienes recibidos en fiducia (a. 1.234), sus rendimientos pertenecen al beneficiario y el fiduciario es remunerado conforme a una tarifa (a. 1.237 y 1.238) y, al término del contrato, los bienes no pueden quedar en cabeza del fiduciario, por causa del negocio fiduciario, sino que pasan a la persona que diga el contrato o, en caso de silencio, al mismo constituyente (a. 1.244).

IV- EFECTOS TRIBUTARIOS DE LA FIDUCIA MERCANTIL

Los aspectos que se han destacado de la institución en estudio, permiten establecer algunas consecuencias en el campo del Derecho Tributario, mediante un proceso simplemente deductivo:

Primera.- Como el establecimiento de la fiducia implica enajenación del bien por parte del constituyente, en cabeza de éste puede realizarse una renta o ganancia ocasional, en caso de que reciba una contraprestación por la enajenación y de que exista diferencia entre el valor de dicha contraprestación y su costo fiscal.

Al respecto pueden presentarse los siguientes casos generales: a) Si la fiducia se ha constituido en beneficio de un tercero, de quien no se recibe cosa alguna en cambio, se trata de una donación, que obviamente no genera renta ni ganancia ocasional para el constituyente; b) Si el negocio fiduciario se hace en favor de un tercero, de quien se recibe algún bien en cambio, debe entenderse la operación como una forma de venta o de permuta, en la cual el ingreso recibido por el fiduciante estaría constituido el valor comercial del bien recibido, si se trata de una especie, o por la correspondiente cantidad de dinero, si el ingreso es en moneda; tal valor sería la base para establecer la renta o ganancia ocasional, una vez deducido el costo del fiduciante; c) Si como consecuencia de la operación fiduciaria el constituyente realiza la cancelación de una deuda, debe entenderse que ha habido

una forma de dación en pago, razón por la cual el valor de la deuda cancelada disminuía con el costo fiscal del fiduciante, arrojaría el valor de la renta o ganancia ocasional, y d) Si la fiducia se establece en favor del propio fiduciante, éste realiza una sustitución de activos, pues deja de poseer el correspondiente bien y adquiere un derecho fiduciario; este viene a ser equivalente al valor comercial del bien dado en fiducia, pues conforme al artículo 27 del decreto 2053/74 el valor de los ingresos en especie es equivalente al valor comercial de lo recibido y parece evidente que el valor del derecho fiduciario es igual al del bien sobre el cual se constituye el fideicomiso; por consiguiente, la renta o ganancia ocasional que se realice, estará dada por la diferencia entre el valor comercial del bien y su costo fiscal.

La situación contemplada en el último caso, aunque parece clara a la luz de las normas vigentes en materia tributaria y mercantil, en forma alguna resulta equitativa, ya que los impuestos tienen como fundamento racional la manifestación de una capacidad económica y, en el caso planteado, resulta evidente que el fiduciante no incrementa su situación patrimonial, sino que simplemente cambia la forma jurídica de manejo del bien. Por tal razón considero que debería introducirse una reforma legal, tendiente a diferir la realización de la renta o ganancia ocasional en cabeza del constituyente, hasta el momento en que su patrimonio se incrementa realmente por la enajenación que eventualmente realice el fiduciario. Si el bien no es enajenado por el fiduciario, sino que regresa al fideicomitente, no debe tampoco producirse ningún efecto en la renta o la ganancia ocasional de dicha persona.

Lo que se dice de la renta o ganancia ocasional, también puede decirse del caso opuesto, o sea cuando se produce una pérdida de renta o una pérdida ocasional, ya que en tales eventos habrá lugar a aplicar el efecto negativo de lo ocurrido al determinar la base gravable respectiva, conforme a las normas generales que rigen la materia.

Segunda.- Por lo que respecta al fiduciario, las normas del Código de Comercio permiten establecer que adquiere la titularidad del correspondiente bien de una manera formal, pero sin la posibilidad de un aprovechamiento del mismo por razón del mismo negocio fiduciario, salvo lo que debe corresponderle por razón de su gestión. De manera que la única renta del fiduciario corresponde a su honorario por la administración del negocio fiduciario.

El Código de Comercio permite que el fiduciario pueda percibir los frutos del bien y aún adquirir la propiedad del mismo, pero siempre y cuando que tenga otro título para ello, caso en el cual este título vendría a representar un contrato principal y la fiducia un contrato accesorio tendiente a facilitar o asegurar el cumplimiento del primero. En el caso de que así ocurra, lo recibido por el fiduciante vendría a tener el tratamiento tributario que corresponda según el contrato principal, al cual accede la fiducia. Así por ejemplo, si el acreedor recibe como fiduciario bienes del deudor para el pago de la deuda, los bienes o frutos que pasen a ser propiedad del fiduciario, lo serán a título de intereses o de principal, según corresponda, y el tratamiento tributario será el correspondiente a dicho tipo de ingresos.

Tercera.- El principio de la separación entre los bienes de la fiducia y los bienes propios del fiduciario, permite establecer dos importantes consecuencias respecto de la contabilidad y de la declaración de renta que debe presentar éste.

En cuanto a la contabilidad, parece necesario que el fiduciario lleve todas las cuentas que interesan al negocio fiduciario en lo referente a activos, pasivos, ingresos y egresos, como cuentas de orden, de tal manera que exista una completa separación entre el manejo de su propio patrimonio y el manejo de los bienes de la fiducia. Por lo que respecta a los comprobantes externos destinados a soportar los registros contables, resulta a todas luces aconsejable que en ellos se exprese que la operación respectiva se hace por cuenta de determinado negocio fiduciario, a fin de que exista la mayor claridad y precisión sobre el particular.

En cuanto a la declaración tributaria del fiduciario, también puede decirse que sus operaciones propias deben estar claramente separadas de las operaciones fiduciarias, de tal manera que las autoridades tributarias puedan tener toda la información requerida para el desempeño de sus funciones, sin incurrir en confusiones respecto a la titularidad de los hechos que integran la correspondiente base gravable para cada uno de los contribuyentes implicados en el negocio.

Cuarta.- En cuanto al beneficiario de la institución a que nos referimos, resulta evidente que es el titular de los rendimientos que se deriven de la correspondiente gestión, razón por la cual en su cabeza viene a radicarse también la correspondiente obligación tributaria.

Sin embargo, es preciso destacar que la realización de la renta por

parte del fiduciario, como hecho que da origen al impuesto a su cargo, depende no de la realización de la renta o utilidad por parte del fiduciario, sino de las siguientes condiciones establecidas en el artículo 16 del decreto 2053 de 1974: a) Si el beneficiario no lleva contabilidad o la lleva a base de caja, la renta se realiza cuando efectivamente se recibe, b) Si lleva contabilidad a base de causación, el ingreso se realiza cuando nace el derecho a su favor.

V - REGULACION TRIBUTARIA DE LA FIDUCIA MERCANTIL

El tratamiento tributario es materia de impuestos sobre la renta de la fiducia mercantil, está regulado por el artículo 36 del decreto legislativo 2053 de 1974, modificado en su ordinal 4o. por el artículo 3o. del decreto legislativo 2348 del mismo año. El siguiente es el texto integrado de las dos normas citadas:

“Cuando se celebren contratos de fiducia mercantil, rigen las siguientes disposiciones:

“1.- Si se estipulare la transferencia de los bienes a los beneficiarios de la renta a la conclusión de la fiducia, y éstos fueren distintos del constituyente, los bienes y rentas se gravan en cabeza de tales beneficiarios, sin perjuicio del impuesto sucesoral, cuando fuere el caso.

“2.- Si se estipulare la devolución de los bienes al constituyente y éste fuere al mismo tiempo beneficiario, los bienes y rentas se gravan en cabeza del constituyente.

“3.- Si se estipulare la devolución de los bienes al constituyente, pero los beneficiarios de la renta fueren sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, los bienes y rentas se gravan en cabeza del constituyente.

“4.- (Art. 3o. Decreto 2348/74). Si se estipulare la devolución de los bienes al constituyente y los beneficiarios de la renta fueren terceros distintos de los enumerados en el ordinal anterior, los bienes y rentas se gravan en cabeza de éstos”.

El artículo en referencia contempla dos situaciones genéricas, cada una de las cuales se subdivide en dos, de donde resultan cuatro supuestos contemplados en la ley tributaria con consecuencias fiscales diferentes.

Las dos situaciones genéricas se pueden describir así: en la primera, las rentas de la fiducia pertenecen a la misma persona a quien se deben transferir los bienes a la extinción del negocio y, en la segunda figura, la persona que debe recibir las rentas es diferente de aquella a quien deben transpasarse los bienes al final de la operación.

En la primera situación, se contemplan dos hipótesis subalternas, a saber: la de que los bienes y rentas de la fiducia deban pasar a terceros distintos del constituyente, y la de que los bienes y rentas deban ser del constituyente; en la primera sub-hipótesis, el gravamen sobre la renta y el patrimonio recae en cabeza de los terceros, y en la segunda, el gravamen recae sobre el constituyente. Considero conveniente destacar que esta última sub-especie es la que se presenta posiblemente con mayor frecuencia en la práctica.

El segundo presupuesto genérico tiene a su vez dos hipótesis subalternas, a saber: la de que los bienes deban regresar al constituyente y las rentas deban pasar a terceros, que sean parientes dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad con el constituyente (padres, hijos, yerno, nuera, suegros), y la de que los bienes deban regresar al constituyente y las rentas pasar a terceros que no tengan el parentesco mencionado con el constituyente. Si el parentesco de que se trata existe, los bienes y rentas se gravan en cabeza del constituyente. Si dicho parentesco no existe, los bienes y rentas se gravan en cabeza de los terceros.

A continuación me permito presentar en un cuadro las hipótesis que quedan analizadas y las consecuencias tributarias establecidas en la ley:

Hipótesis Principales	Sub-hipótesis	Consecuencias
A-Bienes y rentas para una misma persona	a) Para terceros, distintos del constituyente (ordinal 1o.).	Bienes y rentas se agravan en cabeza del tercero.
	b) Para el constituyente (ord. 2o.).	Bienes y rentas se agravan en cabeza del constituyente.

- | | | |
|--|--|--|
| <p>B- Bienes y rentas para distintas personas.</p> | <p>a) Bienes para constituyente y rentas para pariente (1er. grado consanguinidad o afinidad) (ordinal 3o.).</p> | <p>Bienes y rentas se agravan en cabeza del constituyente.</p> |
| | <p>b) Bienes para constituyente y rentas para tercero no pariente (Ordinal 4o.).</p> | <p>Bienes y rentas se agravan en cabeza del tercero.</p> |

Las disposiciones que se comentan no contemplan el caso de que las rentas sean para el constituyente y los bienes sean para terceros.

El casuismo que caracteriza la disposición transcrita y analizada, hace de ella una norma completamente inadecuada desde el punto de vista lógico, ya que la tendencia natural de la mente humana consiste en reducir la variedad de los fenómenos al menor número de formas esenciales, de manera que con unos pocos principios generales, se pueda manejar una gran cantidad de situaciones prácticas. En cambio, la regulación de cada una de las situaciones que se pueden presentar, como lo pretende la norma en cuestión, muy frecuentemente lleva a conclusiones contradictorias, así como a vacíos en la normatividad aplicable.

Así por ejemplo, el caso previsto en el ordinal 3o., en el cual los bienes deben volver al constituyente y la renta debe corresponder a terceros parientes de aquél, está ilógicamente regulado, ya que no existe razón para que en tal evento se graven en cabeza del constituyente beneficios que no le pertenecen y bienes que deben ser gravados en cabeza de quien deriva las correspondientes utilidades.

De otra parte, como ya ha quedado expresado, existe vacío legal en cuanto al caso de que las rentas deban ser para el constituyente y los bienes deban pasar a un tercero. En vista del silencio de la ley, considero que, por analogía, los bienes y rentas se deben gravar en cabeza del constituyente, pues salvo el caso de que intervengan parientes, el

principio implícito en la ley consiste en que el dueño de la renta deba soportar el impuesto sobre la renta y el patrimonio, ya que en materia tributaria el impuesto de renta tiene carácter principal y el impuesto de patrimonio carácter accesorio. De otra parte, considero aplicable la analogía en el presente caso, ya que las disposiciones que se comentan constituyen derecho tributario formal, pues su objeto no consiste en la determinación de los elementos esenciales del tributo sino en la fijación de las bases para establecer el gravamen.

Tampoco existe claridad sobre la cuestión relativa al título por el cual se reciben los bienes y rentas, ya que muchas veces el contrato de fiducia viene a ser accesorio de otro contrato, por lo cual los bienes y rentas pasan a cabeza de una determinada persona, pero no por razón del contrato de fiducia, sino del contrato principal. En tal evento la norma en cuestión no sería aplicable.

Por todas las razones expuestas considero que la disposición en referencia debe ser sustancialmente reformada, como se propone más adelante.

VI - APLICACION DE LOS PRINCIPIOS ANALIZADOS A LOS CASOS CONCRETOS

Considero conveniente examinar ahora, la forma como resultan aplicados en la práctica los principios expuestos.

Para el efecto, me parece que los negocios fiduciarios desarrollados en Colombia y de los cuales he tenido conocimiento a través de mi práctica profesional, pueden ser clasificados en estas cuatro categorías: fiducia de administración, fiducia para adelantar un negocio, fiducia para favorecer gratuitamente a un tercero y fiducia de garantía.

FIDUCIA DE ADMINISTRACION

En este caso el fiduciante entrega dinero u otros bienes al fiduciario, con el objeto de que sean administrados según su naturaleza, mediante contratos de mutuo, de compra de valores mobiliarios, de arrendamiento y otros similares realizados por el fiduciario. Normalmente el propio constituyente es el beneficiario, aunque ocurre frecuentemente que existan beneficiarios adicionales, unidos por la cláusula "y/o".

En la situación descrita, si el propio constituyente es el beneficiario, debe soportar el impuesto de renta y el complementario de patrimonio, conforme al ordinal 2o. del artículo 36 del decreto 2053 de 1974.

En el caso de que exista la cláusula “y/o”, sería aplicable, además de la norma citada, el artículo 72 de la ley 9a. de 1983, que dice:

“Cuando varias personas aparezcan como beneficiarios en forma conjunta, o bajo la expresión y/o, de un título valor, serán solidariamente responsables del impuesto correspondiente a los respectivos ingresos y valores patrimoniales.

“Cuando alguno de los titulares fuere una sociedad de hecho o sociedad que no presente declaración de renta y patrimonio, serán solidariamente responsables los socios o partícipes por los impuestos correspondientes a la sociedad.

“Cuando alguno de los beneficiarios de que trata este artículo cancelare los impuestos correspondientes al respectivo título valor, la Administración Tributaria no podrá exigir el pago a los demás beneficiarios”.

Aún el caso de que el derecho del beneficiario no conste en un título valor, considero que la norma sería aplicable por analogía, pues constituye parte del Derecho Tributario formal o de aplicación.

Como de conformidad con el ordinal 6o. del artículo 2o. del decreto-ley 3410 de 1984, la entidad deudora, que sería en este caso el fiduciario, debe informar el nombre y la identificación de todos los beneficiarios unidos por la conjunción “y/o”, éstos últimos deben definir quién asume la titularidad de los derechos, a fin de que declare el ingreso y pague los respectivos impuestos, sin perjuicio de que los restantes beneficiarios den la misma información para evitar investigaciones tributarias.

En cuanto a retenciones en la fuente, el fiduciario, que siempre es una sociedad fiduciaria o un banco sometido a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, no está sujeto a retención en la fuente sobre comisiones, servicios y rendimientos financieros, pero si está obligado a practicarla cuando paga o abona en cuenta al beneficiario (a. 10 Dcto. 2026/83 y 7o. Dct. 1512/85).

Conforme al párrafo del artículo 10. del decreto 2026 de 1983, si al fiduciario se le ha hecho retención en la fuente, está obligado a traspasar al beneficiario la correspondiente retención.

FIDUCIA PARA ADELANTAR UN NEGOCIO

En este caso el constituyente transfiere un bien o unos recursos al fiduciario, con el objeto de adelantar un negocio mercantil complejo, como una urbanización o un edificio de propiedad horizontal. Normalmente el beneficiario es el mismo constituyente, aunque pueden presentarse fideicomitentes adicionales que participan en una determinada cuota.

Cuando ocurre el evento descrito, los impuestos sobre las utilidades y sobre el patrimonio recaen sobre los beneficiarios, en la proporción que les corresponda según su cuota, conforme al ordinal 2o. del artículo 36 del decreto 2053 de 1974.

El fiduciario queda obligado, a mi modo de ver, a llevar una contabilidad muy completa del negocio fiduciario, ya que habrá una variedad considerable de ingresos, gastos, activos y pasivos, pero teniendo siempre presente que los bienes fiduciarios no se deben confundir con los propios ni con los otros encargos fiduciarios (a. 124, ord. 2, C. de C.). De otra parte, en la declaración de renta del fiduciario deben aparecer todas las informaciones que normalmente correspondan a la clase de negocio de que se trata, a título simplemente informativo, ya que los factores que integran la propia base gravable de los impuestos de renta y complementarios deben figurar completamente separados, a fin de evitar confusiones funestas.

FIDUCIA PARA FAVORECER GRATUITAMENTE A UN TERCERO

En esta situación, el constituyente hace el traspaso de los bienes al fiduciario, con el objeto de que transfiera las rentas correspondientes y, eventualmente los bienes mismos, a un tercero a quien el constituyente quiere favorecer.

Conforme al artículo 36 del decreto 2053 de 1974, en el caso descrito los bienes y rentas se gravan en cabeza del beneficiario, salvo que éstos sean parientes del constituyente, dentro del primer grado

de consanguinidad o afinidad (padres, hijos, suegros, yernos y nueras) y que los bienes deban volver al fiduciante (ord. 3o. norma citada), pues si así ocurre éste responde por los gravámenes.

La excepción consagrada en el ordinal 3o. carece completamente de justificación lógica, pues si terceras personas se benefician de las rentas de la fiducia, naturalmente deben soportar los impuestos correspondientes, sin que se vea razón para adoptar soluciones diferentes, como la contenida en la norma que se comenta.

Si los rendimientos de la fiducia se deben gravar en cabeza de los terceros beneficiarios, lo cual ocurre si éstos no son parientes del constituyente dentro de los grados previstos en la ley, como estamos dentro del supuesto de que la transferencia es gratuita, considero que los ingresos correspondientes se deben gravar como una donación, que es una especie de ganancia ocasional, conforme al artículo 6o. de la ley 20 de 1979.

FIDUCIA DE GARANTIA

En esta situación, el constituyente entrega los bienes al fiduciario con el objeto de que transfiera los productos y, eventualmente los bienes, a un tercero, que es acreedor del fiduciante. También puede ocurrir que los productos y bienes se deban transferir al mismo fiduciario para satisfacer una deuda de cargo del constituyente.

Cuando se configura la situación descrita, quien percibe los productos y bienes no es el beneficiario de la fiducia propiamente tal, ya que debe existir un contrato principal por virtud del cual el constituyente se ha hecho deudor de la persona a quien se deben entregar los bienes; ésta los recibe, no a título de beneficiario de la fiducia, sino en razón del contrato principal de que se ha hablado. Por consiguiente, el verdadero beneficiario del contrato fiduciario es el deudor, por cuya cuenta se hace el pago de la deuda derivada del contrato principal, y en su cabeza viene a recaer el impuesto de renta y complementarios. El que percibe efectivamente los bienes a título de pago o de dación en pago por el contrato principal, deberá tributar conforme a la naturaleza de los ingresos que recibe, según dicho contrato (intereses, reembolso del capital, etc.).

VII - CONCLUSIONES

De las consideraciones contenidas en los párrafos anteriores, me parece posible obtener las siguientes conclusiones:

1o.- Los principales obstáculos derivados del Derecho Tributario para el desarrollo del negocio fiduciario, han sido removidos como consecuencia de la eliminación de las presunciones de donación, razón por la cual puede esperarse que en lo futuro la fiducia mercantil tenga una mayor aplicación en las prácticas comerciales.

2o.- Desde el punto de vista de reformas legales, estimo necesario introducir dos modificaciones en el sistema del impuesto sobre la renta, que son las siguientes:

a) En el caso de que el constituyente sea el mismo beneficiario, no resulta equitativo que la simple transferencia de los bienes por razón del establecimiento del contrato fiduciario, pueda dar origen a la realización de una utilidad gravable como renta o como ganancia ocasional, ya que, aunque se presenta un cambio de titularidad en los bienes, la situación desde el punto de vista económico sigue siendo igual para el constituyente, por lo cual no existe una manifestación de capacidad económica que le dé fundamento al gravamen.

b) El artículo 36 del decreto 2053 de 1974 y la reforma introducida al mismo por el artículo 3o. del decreto 2348 del mismo año, deben ser derogados, dado el casuismo que representan, los vacíos que tienen y las contradicciones en que incurren; en su lugar, podría dictarse una norma que simplemente estableciera que el impuesto de renta y complementarios sobre los bienes y rentas del negocio fiduciario son de cargo del beneficiario del mismo.

3o.- Desde el punto de vista de la reglamentación de la ley, considero conveniente que se dicten normas sobre las siguientes materias:

a) La forma como debe ser llevada la contabilidad por el fiduciario.

b) La forma como debe ser presentada la declaración tributaria del fiduciario y del beneficiario, y

c) La forma como se debe gravar al beneficiario de la fiducia y a quien recibe los bienes y rentas de la misma, cuando ésta constituye la garantía de un contrato principal.

Bogotá, 14 de febrero de 1986

INTERVENCION JAIME DUQUE

Buenas tardes, en primer lugar quiero agradecer la invitación que me fué formulada para participar en este panel, sobre un tema que es difícil, difícil desde el punto de vista tributario porque de acuerdo con mi experiencia desde la Dirección de Impuestos Nacionales, a pesar de la importancia creciente de la actividad económica a través del contrato de fiducia mercantil en los últimos años, en la realidad el tema es muy poco tratado a nivel oficial, especialmente de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos.

Como base de mi intervención en el panel me tomé el atrevimiento de hacer algunas anotaciones a la ponencia del Dr. Juan Rafael Bravo, porque además de ser un lucido trabajo, sobre este tema es el único que conozco, por ello creo que tiene muchísimo valor, y por lo mismo será en adelante referencia obligada cuando se debata sobre el tema. De otra parte la ponencia del Dr. Bravo tiene además la virtud, tal como lo comentaré al final, de vislumbrar aspectos que en un futuro no muy lejano, serán causa de problemas de carácter fiscal respecto al contrato de fiducia Mercantil, si no se toma la iniciativa de buscar una reglamentación que aclare la legislación en estos aspectos. Retomando la exposición y el trabajo del Dr. Bravo y en especial algunos de los comentarios que hace a los aspectos fiscales de la fiducia en nuestra legislación, quiero que se tenga como antecedente de la legislación actual sobre la fiducia mercantil, reforma tributaria del gobierno López Michelsen 1974, el hecho de que la figura solamente había sido introducida en nuestra legislación mercantil, en 1971, en el nuevo Código de Comercio de esa época, es decir que cuando se legisló fiscalmente sobre el tema, hacía muy poco tiempo que la figura mercantil se había plasmado en nuestra legislación, y como lo comentaba alguien en una de las exposiciones anteriores solamente mucho después se vino a conocer en la práctica el alcance y las limitaciones de esta nueva figura de nuestra legislación comercial. Con esta advertencia deseo resaltar que por la razón expuesta, que el legislador fiscal del año 1974 debía desconocer en gran medida la incidencia y posibilidades de esta figura, por lo tanto la concibió, como lo dice el mismo doctor Bravo, como un simple sistema de traspaso de bienes y/o rentas, de modo gratuito en casi todos los casos, es decir no se la veía como una figura que se pudiese utilizar como una forma de facilitar la actividad mercantil. Desde este punto de vista resulta lógico el temor del legislador, de que un sistema de transferir bienes y rentas a terceros, pudiese resultar un sistema de evadir el impuesto, sin que vislumbrara la posibili-

dad de que este contrato se utilizara como un contrato paralelo o accesorio para garantizar o facilitar el cumplimiento de otras obligaciones entre las partes que los suscriben.

En consecuencia teniendo en cuenta el punto de vista del legislador de la época, y la necesidad de evitar esta posible forma de elusión fiscal, es decir forma legal de evadir impuestos, que permitirá sustraer de la tributación bienes y rentas, y de que la misma reforma del año 1974 eliminó el antiguo impuesto sobre la masa global hereditaria, resulta lógico que este legislador trate de garantizar la tributación sobre los bienes y rentas objeto de este contrato. Es del caso anotar que a esto contribuyó no poco los antecedentes históricos que sobre el aspecto fiscal tiene la figura de la fiducia según lo comentan la mayoría de los especialistas en la materia. Pasado a otro aspecto de exposición del Dr. Bravo, cuando manifiesta no estar de acuerdo con el tratamiento que da la norma tributaria a los bienes que se entregan en virtud del contrato de fiducia, y que han de ser restituidos al constituyente al finalizar el encargo fiduciario, porque según su opinión, puede presentarse una renta o una ganancia ocasional, al sustituirse en el patrimonio del constituyente el activo entregado en fiducia, por el valor de los derechos fiduciarios, obviamente cuando el valor de tales derechos sea superior al costo fiscal del bien entregado en virtud del contrato, consecuencia que considera inequitativa, por cuanto al final del contrato va a terminar el constituyente recibiendo el mismo bien entregado en administración fiduciaria. En este aspecto discrepo de la interpretación que dá a la norma fiscal, en el caso del ejemplo, porque no entiendo que en ese caso se produzca una renta fiscal para el constituyente, como sí puede suceder en otros ejemplos que el también ha expuesto, en donde el constituyente de la fiducia recibe a cambio una contraprestación o beneficio económico, que fiscalmente representa una verdadera utilidad en la enajenación de un bien que será finalmente entregado a un tercero en la ejecución del contrato de fiducia. Pero en el caso de la constitución de la fiducia sobre un bien que ha de restituirse al final, al mismo constituyente, no es viable la interpretación de que en el patrimonio del constituyente se procede durante la ejecución de contrato, la sustitución del bien entregado, por el valor de los derechos fiduciarios conforme al contrato, y esta sustitución patrimonial no debe producirse por cuanto lo que manifiesta la norma al respecto, art. 36 Dcto. 2053/74, es que a pesar del contrato de fiducia, el bien sigue estando en cabeza del constituyente para efectos fiscales, manteniéndose en forma inmutable en su patrimonio y sin solución de continuidad, en consideración a su final restitución al mismo constituyente,

efecto que se corrobora del análisis de la norma citada cuando utiliza la expresión en todos los casos "... los bienes y las rentas se gravaran en cabeza de...". En otras palabras, si la norma citada no se hubiese dictado, lo lógico sería sustituir el valor patrimonial del bien objeto del contrato, en el patrimonio del constituyente, por el valor representado por el derecho fiduciario correspondiente, pero existiendo la norma que es exceptiva, esta asume que el bien (y no el derecho fiduciario) debe seguir gravándose fiscalmente en cabeza del constituyente finalmente beneficiario del mismo, como si el mismo nunca se hubiese entregado o salido de su patrimonio, sin consideración al valor del llamado derecho fiduciario que no se tendrá en cuenta para los efectos fiscales, por cuanto de hacerse así se generará un doble gravamen patrimonial, sobre el bien mismo en cabeza del constituyente como lo manda la norma y sobre el valor de los derechos fiduciarios generados en el contrato.

En los demás casos como ya se explicó, puede generarse una renta o una ganancia ocasional de acuerdo con el tipo de bien que se enajena en virtud del contrato y a la diferencia entre el valor fiscal del bien entregado, y la contraprestación que se recibe en virtud del mismo, o del valor del crédito si lo que se entrega en fiducia es dación en pago para cancelar una deuda del constituyente.

Tampoco se generaría renta ni ganancia ocasional para el constituyente cuando lo que realiza por medio del contrato es una donación del bien por mera liberalidad, sin perjuicio del impuesto de ganancia ocasional para el beneficiario.

En cuanto a la forma en que está redactada la norma fiscal para contemplar los diferentes casos en que pueden ser tratados los bienes y las rentas en el contrato de fiducia, estoy de acuerdo en que la norma es eminentemente casuista, pero el mismo dió la razón por la cual la norma debió de redactarse así, el temor del legislador que sin entrar a calificar en este momento de bueno o malo, constituían su único antecedente respecto a las posibilidades de tan nueva figura de nuestra legislación, y la intención fué la de manejar en la legislación fiscal esta figura por fuera de las reglas generales sobre la titularidad de los bienes para efectos impositivos, no le quedó otra alternativa lógica que indicar en forma casuística en la norma quien sería el titular de los bienes para los efectos fiscales, según las diferentes modalidades del contrato. Todo lo anterior sin desconocer que el legislador dejó grandes vacíos originados en su desconocimiento de

los reales alcances económicos y jurídicos de la fiducia que hoy se perciben más claramente como consecuencia de su práctica más reiterada.

En los demás casos contemplados en la ley fiscal para el contrato de fiducia mercantil, como cuando los bienes y rentas deben pasar a terceros diferentes al constituyente, nos parece lógico que tales bienes y rentas sean gravados en cabeza de sus beneficiarios, por cuanto como ya se dijo, si el bien sale del patrimonio del constituyente para no regresar a él, no será justo gravarlo en su cabeza, como tampoco lo será en cabeza del fideicomisario quien es solo un poseedor transitorio mientras cumple el encargo de la fiducia, por lo tanto supone el bien gravable en cabeza de quien finalmente será el beneficiario del bien pero desde el mismo momento de la constitución de la fiducia, procedimiento que además de lógico y equitativo y sobre todo manteniendo el principio fiscal de que los bienes se entienden poseídos en consideración a quienes obtienen de él un aprovechamiento real o potencial.

Para terminar cabe hacer unas anotaciones al caso contemplado en la ley, cuando el contrato de fiducia estipula que los bienes deben restituirse al constituyente y las rentas deben entregarse a ciertos parientes del constituyente, en cuyo caso tanto los bienes como las rentas se gravarán en cabeza del constituyente, en este punto tampoco comparto la opinión con el ponente Dr. Bravo, porque si el bien ha de ser recuperado finalmente por el constituyente y el fiduciario lo recibe con la condición de restituirlo a este al final del contrato, resulta lógico que la ley siga gravando el bien en cabeza del constituyente como si no saliese nunca de su patrimonio, con mayor razón si se considera que tal fiducia se constituye en beneficio de sus parientes más próximos, en cuyo caso las rentas se gravarán también en cabeza del constituyente y no de los parientes beneficiarios de las mismas. Proponer que en este caso las rentas se graven de acuerdo con la regla general, es decir en cabeza de quien efectivamente la recibe, sería desconocer que en nuestra legislación la transferencia de ingresos por parte de personas naturales, sin relación de causalidad, y en beneficio de sus parientes más cercanos, no puede generar beneficio fiscal distinto al del descuento tributario personal o especial. Aceptar un tratamiento distinto a esta modalidad del contrato de fiducia sería legalizar un sistema para cumplir con las obligaciones alimentarias que generaría un beneficio mayor al que la ley ha querido darle, que por lograr el efecto de romper la progresividad de la tabla impositiva beneficiaría especialmente aquellos contribuyentes de más altos ingresos.

De todas maneras y no obstante los desacuerdos planteados sobre estos puntos específicos de la fiducia mercantil, debo concluir que la legislación sobre el tema merece ser revisada sobre uno de los puntos planteados en el transcurso del panel y que considero el más importante por la incidencia que puede tener en el futuro para un adecuado desarrollo de esta figura comercial, es el que hace referencia a que el contrato ha sido considerado por la ley como si el mismo en todos los casos, sea un contrato autónomo y que en muchos otros casos no se le considere como un contrato que pudiera ser paralelo o accesorio, en cuyo caso su tratamiento fiscal debiera estar marcado por la naturaleza del contrato u obligación que se garantiza mediante la fiducia, porque además de no tener en cuenta este punto conlleva en el futuro a que los ingresos generados en este tipo de contrato accesorio sea objeto de más de una retención en la fuente por conceptos distintos, en cuyo caso se constituye en un serio obstáculo para el desenvolvimiento de la actividad económica que se ha venido incrementando en los últimos años alrededor de esta figura. Como quiera que no deseo extenderme del tiempo asignado para esta intervención agradezco la atención de los presentes.

Doctor Eduardo Laverde Toscano

Resulta difícil no compartir la ponencia del doctor Bravo dado la clara y completa; sin embargo en aras de la discusión y la ilustración de los participantes, me voy a permitir hacer algunos comentarios sobre la misma. Es cierto que por virtud del decreto legislativo 237 de 1983, se eliminó el impuesto sucesoral que gravaba también las donaciones; es cierto como lo dice la sentencia del Consejo de Estado citado por el doctor Bravo que la eliminación del impuesto sucesoral supuso a su vez la eliminación de las presunciones de donación; pero es igualmente cierto que las donaciones como tales subsisten según lo regulado por el Código Civil Colombiano y que, en tanto donaciones, están sujetas al impuesto de ganancias ocasionales previsto en el art. 6o. de la Ley 20 de 1979. De manera que una cosa es la eliminación del obstáculo instrumental de las presunciones de donación y otra la existencia real de ese impuesto de ganancias ocasionales cuando se dan los casos de donación previstos en las normas. Anota no sin razón el doctor Bravo que la norma es casuística. Bueno: las normas suelen ser casuísticas porque son frutos de experiencias axiológicas.

Si bien en 1974, no como anotaba el doctor Duque que el legisla-

dor fue ignorante, sino que, diría carecía de la experiencia, de la vivencia suficiente, la norma puede ser casuística: me refiero al artículo 36 del decreto 2053. Sin embargo, existen unos postulados implícitos y explícitos en las disposiciones tributarias —porque las normas tributarias deben mirarse como un sistema— y para mí la que clarifica, clarificaría y permitiría un criterio tributario sanc, son los artículos 108 y 110 del Decreto 2053 de 1974; me voy a permitir leerlos para mayor ilustración de la audiencia. El art. 108 dice esta norma: “El patrimonio bruto está constituido por el total de los derechos apreciables en dinero, poseídos por el contribuyente dentro del país, en el último día del año o período gravable” y dice el artículo 110: “Se entiende por posesión, para los efectos del presente decreto, el aprovechamiento económico potencial o real de cualquier bien en beneficio del contribuyente. Y a renglón seguido agrega: Se presume que quien aparezca como propietario o usufructuario de un bien lo aprovecha económicamente en su propio beneficio. El sistema tributario en materia de impuestos sobre la renta, el establecimiento de impuestos tanto de renta como complementarios de patrimonio o de ganancias ocasionales, son el resultado de expresiones de capacidad económica. Las dos expresiones clásicas de capacidad económica son: el patrimonio y desde luego la renta. Armonizando estas disposiciones yo pienso que la solución a la interpretación de la figura de la fiducia mercantil desde el punto de vista tributario está en el hecho de que la renta o sobre la renta debe tributar y consiguientemente sobre el patrimonio quien aprovecha económicamente el bien. Ahora bien; sobre el tema, la preocupación del doctor Bravo —que el doctor Duque no se si oficial o extraoficialmente alcaza— en el sentido de que la enajenación de los activos hecha por el comitente al fiduciario puede generar una utilidad, en un momento dado gravable, o también una pérdida, lo anota el doctor Bravo, recuerden que el doctor Bravo dice que se puede generar una utilidad cuando simplemente lo que hay es la sustitución de un activo por otro; el doctor Duque es de la opinión de que ello no supone una utilidad gravable desde el punto de vista impositivo. Ojalá esa fuera la posición oficial y además ojalá quedara consignada en normas que suponga una grantía que, a su vez, suponga permanencia, no simplemente a través de cambiantes conceptos, sino de una norma reglamentaria que así lo diga expresamente.

Ahora bien, yo quería pensar en que si hay una razón, o si habría una razón, por la cual esa diferencia entre el costo por el cual venía declarando el activo el comitente y el precio asignado al mismo en el contrato de fiducia al transferirlo al fiduciario, si pueden ser objeto

de gravamen en la siguiente medida: vuelvo al punto: lo que se tiene en cuenta, lo que debe tener en cuenta el legislador son expresiones de capacidad económica; así, el precio asignado al bien dado en fiducia es expresión de una capacidad económica y con referencia a él, muy seguramente, ustedes me corrigen si no es así, se tomará la expectativa de rentas que pueda generar para el beneficiario el contrato de fiducia. No es lo mismo entregarle a una sociedad fiduciaria un activo que vale cien mil pesos, en vez de otro que vale diez millones; ciertamente las expectativas, repito, de rentabilidad en un caso y en otro difieren sustancialmente y en esa medida el comité estaría realizando una valorización. Existe un principio contable, que si no estoy mal, dice que las pérdidas se registran cuando se conocen y las valorizaciones cuando se realizan. Pues bien: aquí se estaría y yo entendería que de alguna manera se está realizando esa valorización en las medidas en que mi capacidad económica se está viendo mejorada.

Expresó preocupación el doctor Bravo, también, por el fenómeno de la causación del ingreso en los casos de fiducia mercantil. Vuelvo al tema de la normatividad tributaria como un sistema. No haría falta, no hace falta y el propio doctor Bravo creo que hizo alusión al hecho de que hay normas generales conforme a las cuales, se destine cuando se entiende causado un ingreso o realizado, mejor, un ingreso: la norma general es la de que se entiende realizado cuando se percibe físicamente a menos que el contribuyente lleve contabilidad por el sistema de causación, en cuyo caso la realización ocurrirá en el momento en que nazca el derecho, nazca jurídicamente el derecho a exigir el pago. No comparto además —no se si la entendí bien— la apreciación del doctor Bravo en el sentido, creo que puso el ejemplo de un cánón de arrendamiento en el cual el beneficiario deberá entender causado su ingreso cuando el arrendatario paga al fiduciario los respectivos cánones; yo pienso que la causación, si lleva como debe ser contabilidad de causación, se daría en los términos en que el propio contrato de fiducia establezca que el fiduciario debe —como obligación jurídica— pagarle al beneficiario porque, repito, la realización del ingreso, si se lleva contabilidad por el sistema de causación, se da cuando nace el derecho jurídico a exigir el pago. Hay algunos que llevan contabilidad de caja, algunos que no llevan contabilidad de causación, en cuyo caso el ingreso, es claro, se entiende realizado cuando se percibe físicamente.

Por último y más por una curiosidad, casi que por vía anecdótica, podría mencionar que curiosamente en el ordinal tercero del art.

36 del decreto 2953 —severamente cuestionada por el doctor Bravo— en la medida en que no se presume sino se asume una conclusión, se llega a una conclusión diferente cuando —el negocio de fiducia va a favorecer a parientes dentro de ciertos grados de consanguinidad.

CAPITULO III

ASPECTOS CONTABLES

ASPECTOS CONTABLES DE LA FIDUCIA

Luis E. Viatela P.

INDICE

- I - INTRODUCCION
- II - ORIGEN DE LA FIDUCIA
 - 1. El Trust Angloamericano
- III - LA PROPIEDAD Y SU CONTABILIZACION
 - 1. Definición de Propiedad
 - 2. Definición de Fiducia Mercantil
 - 3. Propiedad Fiduciaria
 - 4. Registro Contable
- IV - CONTABILIZACION DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA
 - 1. Libros del Fideicomitente
 - 2. Libros del Fiduciario
 - 3. Libros del Fideicomisario o Beneficiario
- V - VALUACION DE LOS BIENES DEL FIDEICOMISO
 - 1. Principios de Contabilidad de Aceptación General
- VI - LA FIDUCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA TRIBUTARIO
- VII - LA FIDUCIA Y EL REVISOR FISCAL
 - 1. Normas de Auditoría de Aceptación General
- VIII - CONCLUSIONES

ASPECTOS GENERALES DE LA FIDUCIA

Ponente: Luis Eduardo Viatela P.

I. INTRODUCCION

El negocio de la fiducia, que como estoy seguro se concluirá al final de este seminario, presenta una amplia gama de aplicaciones comerciales, y que desafortunadamente no es aún lo suficientemente conocido en Colombia y por lo tanto incomprendido, empieza a ser usado a la luz de la incipiente legislación que lo regula, presentando mayúsculos interrogantes para todas las partes envueltas, siendo una de ellas, muy importante por cierto, la forma en que el negocio debe mostrarse en los libros de comercio del fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario, así como también, la labor y el cuidado que el revisor fiscal debe ejercer y tener al examinar y reportar el negocio, en cada uno de los tres entes que participan en él.

De allí surgió mi inquietud de promover este seminario o foro en donde se volvieran a ventilar los aspectos de derecho mercantil, tributario, contables y comerciales como ya con anterioridad se había hecho en 1980 por parte de la Asociación Bancaria y Felaban.

Creímos, el Doctor Guillermo Núñez y yo, que el momento era de nuevo oportuno y no dudamos de que el evento daría resultados positivos que se reflejarían en una legislación más amplia, coherente y comprensiva que permitiese usar todos los posibles aspectos y beneficios del negocio fiduciario.

Los comentarios que siguen, son el resultado de las consultas que he hecho de la escasa bibliografía existente y de los ya largos años de experiencia personal como contador público y auditor y comprometen sólo a su autor y en ninguna forma a la firma que gerencio o a sus miembros.

II. ORIGEN DE LA FIDUCIA

1. El Trust Angloamericano

Como estoy seguro de que los demás expositores en este seminario tocarán este tema con mucha más profundidad, quiero solamente hacer mención a un punto muy importante que va a ayudar a hilar mis comentarios posteriores.

Una de las obras que leí casi en su totalidad y que voy a citar en varias ocasiones de aquí en adelante es: “La Fiducia –Legislación Nacional y Derecho Comparado” del profesor Ramiro Rengifo (1), quien en forma por demás excelente se remonta a los orígenes de la fiducia desde el trust en el derecho inglés, explicando en suficiente detalle sus diferentes modalidades y usos y su evolución a través del tiempo y su influencia en el trust norteamericano para finalmente desembocar en la fiducia que nos ocupa, sin dejar de hacer antes una comparación de esta figura con otras instituciones existentes en Colombia como el usufructo, el mandato, la comunidad, la fundación, la simulación, etc.

Concluye el profesor Rengifo, que a pesar de que la legislación colombiana existente pareciese haber consultado la de otros países latinos tales como México y Panamá, que antecedieron a Colombia en establecer normas al respecto, el verdadero origen directo o indirecto de la legislación sobre la fiducia no es otro que la del trust en el derecho Angloamericano (2).

2. La Propiedad en el Trust Angloamericano

Como comenta en su obra el profesor Rengifo (3), en el trust angloamericano intervienen tres personas, el trustee, el trustor y el beneficiary, equivalentes en la fiducia al fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario, dos de ellos el trustor y el beneficiary con derechos coexistentes sobre el mismo bien, objeto de la fiducia.

(1) Rengifo Ramiro - La Fiducia - Legislación Nacional y Derecho Comparado - Colección Pequeño Foro - Primera Edición 1984.

(2) Ob. Cit. Pág. 19.

(3) Ob. Cit. Pág. 22

Esta figura de la propiedad muy típica del derecho anglosajón, dice el profesor Rengifo “resulta absurda y exótica a cualquier mentalidad formada con los parámetros del derecho romano que no le permiten hacer las separaciones propias del derecho anglosajón y, al contrato, lo llevan a rechazarlas con el argumento de que sobre una misma cosa no pueden haber dos propiedades coexistentes y autónomas”.

Volviendo a mi comentario inicial, pienso yo, que esa forma especial de la propiedad que tiene el derecho angloamericano es la que le dá vida en forma fácil y ágil al negocio de fiducia, en contraposición al concepto de propiedad, bastante rígido que trae nuestra legislación.

III. LA PROPIEDAD Y SU CONTABILIZACION

1. Definición de Propiedad

Nuestro código civil define el dominio o propiedad como “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de élla arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno” (4).

2. Definición de Fiducia Mercantil

Según nuestro Código de Comercio (5), “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”.

3. Propiedad Fiduciaria

Como se deduce de comparar las dos definiciones anteriores, la propiedad que resulta en el negocio de fiducia no cumple con todos los requisitos de la propiedad que define el Código Civil en su Artículo 669, sino que da origen a un nuevo tipo de propiedad que el mis-

(4) Código Civil - Art. 669

(5) Código de Comercio - Art. 1226

mo Código define al manifestar “se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición ”(6).

Como se colige de la definición de fiducia mercantil, un hecho importante característico de la fiducia es la transferencia (se entiende de la propiedad) que hace el fideicomitente al fiduciario y la recepción de este último de la totalidad de esa propiedad pero en forma condicional, en cuanto a su disposición en beneficio propio, pues es el beneficiario el poseedor de ese derecho de beneficio y disposición.

4. Registro Contable

La contabilización de un activo como propio de un individuo consulta siempre su titularidad como propietario.

La propiedad del activo puede estar afectada por una reserva de dominio, una hipoteca, una prenda, una garantía y con esta salvedad debe siempre mostrarse en los Estados Financieros de su poseedor, más sin embargo, el título de propietario sigue en cabeza de ese poseedor hasta tanto la propiedad no se transfiera legalmente.

IV - CONTABILIZACION DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

1. Libros del Fideicomitente

Siguiendo el lineamiento expuesto anteriormente, el fideicomitente transfiere la propiedad del bien fideicomitado al fiduciario y en ese momento debe descargar de sus libros el valor que ese bien tenía como parte de sus activos, abonando la cuenta de patrimonio, pues la transferencia de la propiedad de ese bien disminuye su patrimonio y su capacidad de satisfacer pasivos mediante su uso.

Debe sin embargo el fideicomitente registrar en cuentas memorando o de orden el bien cuya propiedad ha transferido, con una explicación clara del encargo fiduciario y la indicación muy importante de si el bien debe regresar a su patrimonio y bajo qué condiciones.

2. Libros del Fiduciario

El fiduciario a su turno obtiene la propiedad del bien que le ha trans-

(6) Código Civil - Art. 794

ferido el fideicomitente, pero dado que esa propiedad es incompleta o condicional y no puede, por el mismo negocio de fiducia, disponer de ese bien en provecho propio, no debe, entonces, tratar el bien como activo propio, ya que no acrecienta su patrimonio, ni los beneficios derivados de él, aumentan sus ingresos.

Entonces contabilizará el bien, cuya propiedad ha recibido, en una cuenta memorando o de orden. Por supuesto, los honorarios o comisiones que obtenga del manejo del encargo fiduciario si ingresarán a su contabilidad pues para él constituyen sus ingresos de operación.

El Doctor Javier Franco, en su magnífica ponencia titulada "La Contabilidad Fiduciaria" presentada en el foro que en 1980 sobre estos mismos temas auspiciara la Asociación Bancaria y Felaban, explicó en forma clara y detallada, la forma como, en la contabilidad del fiduciario, deberían figurar los activos y pasivos resultantes de los encargos recibidos. Simplemente, y con el temor de recortar mucho su excelente exposición, quiero resumir sus puntos primordiales así:

- a) La Sección Fiduciaria debe constituir una empresa con contabilidad propia, asimilable a una Sociedad de Hecho.
- b) Cada encargo fiduciario tiene su valance propio con activos y pasivos.
- c) La suma de los activos netos o patrimonio de todos los encargos fiduciarios se registraría en la contabilidad del fiduciario como una cuenta de orden, denominada "Fideicomisos".

Concuerdo en todos los aspectos expuestos por el Doctor Javier Franco en su ponencia y solamente me atrevería a agregar tres que consideré complementarios y de importancia:

- a) La contabilidad de cada encargo fiduciario también debería contemplar la preparación de un estado de ingresos y egresos y otro de cambios en activos netos, que por supuesto crucen con el respectivo balance (8).

(7) Franco Javier - Cuaderno II - Fideicomiso - Biblioteca Felaban, Editorial Kelly - Bogotá, 1981.

(8) El Instituto de Contadores Públicos (AICPA) recomienda estos dos puntos en su publicación "Audit of Banks" 1983.

- b) La contabilidad de los encargos fiduciarios debe llevarse por el sistema de Causación (8).
- c) Los balances de los fiduciarios (Bancos o Sociedades Fiduciarias) dirigidos a la Superintendencia Bancaria, deben ir siempre acompañados de un anexo que muestre en resumen los activos, pasivos, ingresos, egresos y cambios en activos netos de los principales encargos fiduciarios recibidos, con miras a facilitar la labor de vigilancia por parte de esta entidad.

3. Libros del Fideicomisario o Beneficiario

Mientras el fideicomisario no reciba la propiedad del bien fideicomitado, si es que el encargo fiduciario así lo exige, todo lo que tiene es, o una expectativa de recibir el bien al final del encargo o los beneficios de su explotación o ambos.

En ese orden de ideas, él deberá contabilizar la fiducia así:

- a) Los ingresos provenientes de la explotación del bien, como un ingreso especial, mostrado en una línea separada de su estado de resultados, sin mezclarlo con sus ingresos operacionales.
- b) La expectativa de recibir futuros ingresos y la de recibir el bien al final del encargo, deberá explicarla muy claramente en una nota a sus estados financieros. Esta nota cumple el propósito de informar a los usuarios de sus estados financieros del valor y la duración de los ingresos derivados del encargo y del posible valor, codición y fecha en que se espera recibir el bien.

V - VALUACION DE LOS BIENES DEL FIDEICOMISO

1. Principios de Contabilidad de Aceptación General

En términos generales, la contabilidad debe reflejar en sus registros el hecho económico que se sucede, para retratarlo, por así decirlo, en los libros, siguiendo en lo posible los lineamientos legales, pues como se verá más adelante, no todas las veces las leyes se compadecen de los principios contables, y ordenan contabilizar transacciones en una forma que riñe abiertamente con ellos.

La Ley 145 de 1960, reglamentaria del ejercicio de la profesión del contador público, dice en el numeral 3o. del artículo 10, al indi-

car lo que por lo menos deberá expresar el dictamen del revisor fiscal sobre un balance general: “Si en su concepto la contabilidad se lleva conforme a las normas legales y a la técnica contable y si las operaciones registradas se ajustan a los estatutos y decisiones de las asambleas generales o juntas directivas, en su caso”.

Este mismo requerimiento, en cuanto al dictamen del revisor fiscal, ha sido recogido en nuestro Código de Comercio, en el artículo 208, numeral 3. En consecuencia, el contador público debe propender porque la contabilidad se lleve de acuerdo con la técnica contable, que en una acepción más moderna equivale a los principios de contabilidad de aceptación general.

Estos principios han sido definidos por el Comité Nacional de Investigaciones Contables así: “Los principios contables de carácter general abarcan las convenciones, normas y procedimientos necesarios para delimitar las prácticas contables, desarrolladas sobre las bases de la experiencia, del criterio y de la costumbre” (9).

2. Valuación de Activos

Según uno de los principios contables de aceptación general, los activos deben ser valuados, en términos generales, por su costo o su valor de mercado, el que sea más bajo de los dos.

Reza otro de los principales, que las pérdidas se registran cuando se conocen y las ganancias cuando se realizan.

Como se puede deducir, los dos principios anteriores tienen un espíritu conservador, al no permitir inflar los Estados Financieros con valorizaciones de activos o ganancias no realizadas. Por el contrario, estos mismos principios piden, que si el costo que una persona tuvo que pagar por un bien es inferior al valor que normalmente se obtendría de su realización (valor de mercado), la contabilidad debe inmediatamente reflejar la desvalorización de ese bien.

Así las cosas, el valor que el fiduciario debe dar y mantener en su contabilidad a los bienes cuya propiedad fiduciaria ha recibido, no es

(9) Comité Nacional de Investigaciones Contables - Principios Contables y Normas para la Presentación de Estados Financieros Pronunciamiento No. 1 - Italgaf - Bogotá 1977- Capítulo III Pág. 7.

otro que aquél que refleje el valor, que en circunstancias normales, se pueda obtener de la venta o realización de dichos bienes.

Este valor debe ser también el que usen el fideicomitente y el fideicomisario al informar sobre el bien fideicomitado, en las cuentas de orden y en la nota a los estados financieros respectivamente.

VI - LA FIDUCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA TRIBUTARIO

No pretendo aquí analizar la fiducia desde el punto de vista del derecho tributario, pues dicho análisis fue confiado a los doctores Juan Rafael Bravo como expositor, Camilo Torres, como moderador y Jaime Duque y Eduardo Laverde, como panelistas, todos ellos eruditos en la materia.

Mi único afán radica en mirar, desde el punto de vista del contador o revisor fiscal que debe certificar la declaración de renta, qué cosas debe éste tener en cuenta en su revisión a la luz de la legislación vigente.

Haré enseguida un parangón entre lo que la ley tributaria asume en cuanto a la propiedad de los bienes fideicomitados (10) y la renta derivada de su explotación y lo expuesto por mí en el Capítulo IV de esta ponencia en cuanto a la contabilización de la propiedad fiduciaria.

1) Si a la conclusión de la fiducia, se estipulare la transferencia de los bienes a los beneficiarios de la renta y éstos fueran distintos del constituyente (11), los bienes y rentas se gravan en cabeza de tales beneficiarios, sin perjuicio del impuesto sucesoral, cuando fuere el caso.

Como se analizó en el Capítulo IV, al constituirse el fideicomiso, la propiedad de los bienes objeto de él se transfiere del fideicomitente al fiduciario y permanece con él hasta el final del encargo cuando pasa al fideicomisario.

De este modo el bien aparece registrado solamente en los libros del fiduciario hasta el momento de la transferencia final y por lo tanto, el contador público debe verificar que se presente un ajuste entre el

(10) Artículo 36 - Decreto 2053/74

(11) Fideicomitente

balance en libros del fideicomisario en donde no aparece el bien y el balance de la declaración, en donde debe incorporarse como un activo, con abono al patrimonio del contribuyente.

Nada ha de hacerse en cuanto a las rentas, pues éstas ya figuran como ingresos tributarios del fideicomisario o beneficiario.

2) Si se estipulare la devolución de los bienes al constituyente y éste fuere al mismo tiempo beneficiario, los bienes y rentas se gravan en cabeza del constituyente.

El análisis del punto 1) es aquí también válido con la diferencia de que la propiedad del bien se transfiere al final al fideicomitente. Entonces, en los libros de este último no figura el bien hasta que ocurra dicha transferencia y por lo tanto, el contador público debe cerciorarse de que se presente un ajuste entre el balance en libros del fideicomitente en donde no aparece el bien y el balance de la declaración de renta, en donde debe incorporarse como un activo, con abono al patrimonio del contribuyente. En cuanto a las rentas, nada debe hacerse, pues en este caso éstas ya figuran como ingresos tributarios del fideicomitente quien es a su vez fideicomisario o beneficiario.

3) Si se estipulare la devolución de los bienes al constituyente, pero los beneficiarios de la renta fueren sus parientes, dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, los bienes y rentas se gravan en cabeza del constituyente.

En este caso el mismo asiento de ajuste del punto 2) debe correrse para incorporar el bien en el balance de la declaración de renta del fideicomitente. En relación con la renta, aquí sí debe hacerse un ajuste pues ésta aparecería en los libros de sus parientes y no en los suyos, debiéndosele dar entrada al estado de resultados para la declaración de renta, simplemente agregándola a sus propios ingresos sin cargarla a una cuenta de activo, pues si lo hace estaría aumentando su patrimonio con el valor de la renta.

Es lógico, que los parientes del fideicomitente en este caso, deben deducir de sus otras rentas las del fideicomiso, para evitar una doble tributación.

4) Si se estipulare la devolución de los bienes al constituyente y los beneficiarios de la renta fueren terceros distintos de los enumera-

dos en el numeral anterior, los bienes y rentas se gravan en cabeza de éstos. Bajo la premisa de que los bienes siguen en propiedad del fiduciario durante la vida del encargo, el contador público debe vigilar en este caso, para que se ajuste al balance del fideicomisario para la declaración de renta dándole entrada a los bienes con abono a su patrimonio.

La renta se presume ya estaba en los libros del fideicomisario o beneficiario, por lo cual no se requiere aquí ningún ajuste.

Por último, en cuanto a la valuación de los bienes objeto del fideicomiso, si se siguen las pautas dadas en el Capítulo V de este escrito, ellas marchan al compás de los requerimientos tributarios y no sería necesario ningún ajuste de valor entre los libros y la declaración de renta.

VII - LA FIDUCIA Y EL REVISOR FISCAL

1. Normas de Auditoría de Aceptación General

Traigo de nuevo a colación la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión del Contador Público, que en el numeral 2o. del artículo 10, al referirse a lo que por lo menos debe expresar el dictamen del revisor fiscal, dice: "Si en el curso de la revisión se siguieron los procedimientos aconsejados por la técnica de la interventoría de cuentas". De nuevo, el Código de Comercio recogió este requerimiento, en cuanto al dictamen del revisor fiscal en el artículo 208 numeral 2.

Así entonces, cuando el contador público actúa como revisor fiscal debe aplicar en su trabajo los procedimientos aconsejables por la técnica de la interventoría de cuentas, que no son otra cosa, en la jerga del contador moderno, que las llamadas normas de auditoría de aceptación general.

El Comité Nacional de Investigaciones Contables (12) define las normas de auditoría de aceptación general, así: "Conjunto de cualidades personales y requisitos profesionales que debe tener el contador público y procedimientos técnicos que debe observar al realizar su trabajo de auditoría y al emitir su dictamen o informe".

(12) Comité Nacional de Investigaciones Contables - Normas de Auditoría - Intalgraf - Bogotá - Capítulo I - Pág. 7.

Agrega este mismo Comité en otra parte de su misma obra (13): “El examen de los estados financieros, con el objeto de expresar una opinión sobre si éstos presentan razonablemente, de conformidad con principios de contabilidad generalmente aceptados, la situación financiera, el resultado de las operaciones y los cambios en la situación financiera de una entidad, es la función más importante que la Ley asigna al contador público en Colombia”.

Y continúa: “Además, el contador público en su calidad de revisor fiscal debe cumplir otras funciones establecidas en las disposiciones legales y/o reglamentos de las entidades de control y vigilancia. Para un adecuado cumplimiento de tales funciones deben utilizarse las técnicas de auditoría necesarias para lograr una seguridad razonable de la información requerida”.

Como podrá deducirse de las anteriores citas, corresponde al revisor fiscal vigilar que, en el caso del negocio de la fiducia, los diferentes participantes registren y reporten correctamente el hecho económico y no violen con él ni directa ni indirectamente las leyes y regulaciones vigentes.

Tiene el revisor fiscal entonces que vigilar:

- a) Que el bien dado en fideicomiso haya sido sacado de los activos del fideicomitente, pues mientras dure el encargo fiduciario, él no tiene ya su propiedad ni puede usarlo para cancelar pasivos de su negocio;
- b) Que el fiduciario registre el bien en cuentas memorando o de orden y no lo adicione a sus activos, pues a pesar de que tiene el título de propiedad, no puede usar ese bien en beneficio propio ni puede con él satisfacer pasivos de su negocio;
- c) Que el fideicomisario o beneficiario explique en una nota a sus estados financieros los detalles del negocio fiduciario y los beneficios que de él reporta;
- d) Que la valuación de los bienes, objeto del fideicomiso siga el principio contable de costo o mercado, el que sea más bajo de los dos, pues el hecho de que un bien se entregue en fideicomiso no lo sus trae en ningún momento de los vaivenes del mercado, ni del hecho

(13) Ob. Cit. Pág. 11.

de que su condición varíe negativamente, en detrimento de los beneficios que el fideicomisario pueda obtener de su explotación.

Para ser más concretos, si lo que se entrega en fideicomiso son valores bursátiles, su capacidad de producir un dividendo, una utilidad u otro rendimiento guarda relación directa con la situación económica del emisor de estos valores bursátiles y no se puede pretender que el valor de los bienes permanezca estático hasta el cumplimiento final del encargo fiduciario.

Lo mismo podría pregonarse de cuando se entrega un bien inmueble, que puede sufrir desmejora por el uso, una catástrofe, o el hecho de que por ejemplo, el sitio donde esté localizado se convierta en una zona de violencia.

- e) Por último y sin que esta enumeración sea exhaustiva, el revisor fiscal debe poner especial atención a que el negocio de fiducia no viole la ley o sea usado para circunvenir o escapar a un mandato de los órganos de vigilancia del Estado. Vale la pena aquí transcribir apartes de las doctrinas de la Superintendencia Bancaria en cuanto a la licitud de un contrato de fiducia. Dice así la Superintendencia: (14).

“... el ordenamiento jurídico reconoce y tutela la autonomía contractual de los particulares en el sentido de que éstos pueden determinar libremente el contenido de sus estipulaciones y reglamentar con fuerza vinculante sus propios acuerdos siempre que se ajusten a las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres”.

Agrega la Superintendencia más adelante: “Hay ilegalidad en aquel acto jurídico fraudulento consistente en mecanismos ideados para alcanzar el resultado prohibido por la ley procurando a los contratantes ciertas ventajas que se originan precisamente en eludir aquellas condiciones y requisitos que la Ley ha establecido para evitar que se produzca aquel resultado y sus consecuencias; son actos que por sí mismos permiten alcanzar el resultado vedado, ajustándose en forma a la Ley, pero violando el espíritu del ordenamiento jurídico”.

En suma, el revisor fiscal debe entender a cabalidad el negocio de fiducia que revisa para evitar que el ingenio de las estipulaciones con-

(14) Superintendencia Bancaria - Doctrinas - Fiducia Mercantil (346) Concepto 1411 - 2) La Ilícitud del Contrato Pág. 154.

tractuales amparado por el postulado de la autonomía de la voluntad privada, permita a los contratantes violar la Ley, dentro de una apariencia de legalidad de forma.

VIII - CONCLUSIONES

El negocio fiduciario sigue siendo nuevo en Colombia y su adaptación al ambiente social, económico y cultural del país es lenta y traumática por el desconocimiento de su verdadero origen y por el hecho de ser una figura extraída del Common Law anglosajón para ponerla a funcionar en un país cuya legislación es de raíz romana.

Sin embargo, su flexibilidad y su amplia gama de aplicación en los negocios mercantiles, hace necesario que los organismos del Estado se preocupen sin demora por estudiarlo y darle un marco legal menos mezquino y menos alcabalero que le permita desarrollar su verdadero potencial.

Debemos también los contadores públicos ocuparnos en una forma juiciosa de estudiar el negocio fiduciario, con el objeto de sugerir fórmulas para su correcto registro y presentación que ojalá sean escuchadas y atendidas por las autoridades gubernamentales encargadas de su reglamentación.

Al final, presento mis agradecimientos a la Asociación Bancaria y al Doctor Sergio Rodríguez Azuero, por haber escuchado y puesto en práctica mi iniciativa y por haberme permitido participar en este foro, que estoy seguro aportará ideas que permitan una más rápida y menos penosa implantación del negocio fiduciario en Colombia.

BIBLIOGRAFIA

- 1) American Institute of Certified Public Accountants Industry Audit Guide - Audit of Banks - New York, 1983.
- 2) American Institute of Certified Public Accountants Industry Audit Guide - Audit of Finance Companies New York, 1973.
- 3) Cervantes Ahumada Raul - Títulos y Operaciones de Crédito Editorial Herrero - 1979.
- 4) Comité Nacional de Investigaciones Contables - Normas de Auditoría - Italgraf Bogotá - Agosto, 1982.
- 5) Comité Nacional de Investigaciones Contables - Principios Contables y Normas para la Presentación de Estados Financieros - Pronunciamiento No. 1 Italgraf - Bogotá - Diciembre, 1977.
- 6) Felaban - Cuadernos 10 y 11 - Fideicomiso - Editorial Kelly, 1981.
- 7) Garrigues Díaz - Cañabate - Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil - Editorial Cívitas - Madrid, 1981.
- 8) Instituto Colombiano de Derecho Tributario - Memoria Primeras Jornadas Colombianas de Derecho Tributario - Bogotá - Enero, 1977.
- 9) Lipari Nicola - Il Negozio Fiduciario - Dott. A. Giuffré Editore, Milano 1971.
- 10) Rengifo Ramiro - La Fiducia - Legislación Nacional y Derecho Comparado - Colección Pequeño Foro - Bogotá, 1984.
- 11) Superintendencia Bancaria - Doctrina y Conceptos, Tomos I a VI.
- 12) Superintendencia de Sociedades - Conceptos 1982 - 1985 Tomo VII - Bogotá.

Además fueron consultados los Códigos de Derecho Civil, Derecho Tributario y el Código de Comercio de Colombia.

LA FIDUCIA MERCANTIL

Arturo Boada

Bogotá, Febrero de 1986

Antes de empezar la ponencia quisiera hacer una breve aclaración en relación con un comentario efectuado por el doctor Pulido, referente al tratamiento contable de las inversiones. Al respecto, ciertamente se presenta una diferencia de concepto entre la Superintendencia Bancaria y la de Sociedades, pues las instrucciones de la primera señalan que, cuando en el neto de un grupo homogéneo de bienes, se registre desvalorización, se deberá constituir una provisión con cargo a pérdidas y ganancias por esa misma cuantía. En ese sentido no se trata de hacer una provisión individual por cada una de las inversiones cuando se registra un menor valor en el mercado frente al valor de costo, como lo mencionó el expositor que me antecedió.

Empezando propiamente con el tema que me corresponde, deseo, en primer lugar, agradecer la amable invitación que se me cursó para participar en tan importante foro que, estoy seguro, redundará en beneficio tanto para las partes interesadas —Fiduciarias y potenciales usuarios de sus servicios— como para las mismas autoridades gubernamentales, en orden a alcanzar el objetivo pretendido de encontrar fórmulas concretas que permitan dar solución a las variadas inquietudes no resueltas que se han generado en el desarrollo del negocio fiduciario en el país.

Ahora bien, en consideración a los aspectos tratados por el destacado expositor que me antecedió y a la ponencia que sobre la misma materia de contabilidad fiduciaria expuso el doctor Javier Franco en el seminario celebrado bajo el auspicio de la Asociación Bancaria y Felaban en el año de 1980, he estimado conveniente referirme principalmente a la labor que ha adelantado la Superintendencia Bancaria en materia de revisión de los estados financieros que le son enviados mensualmente. Sin embargo, antes de comenzar con el tema de la Superintendencia, considero conveniente destacar algunos hechos comentados por los dos expositores, advirtiendo que, en manera alguna, se trata de cubrir absolutamente todos los temas. En efecto, quizás uno de los puntos fundamentales que se trató en el seminario

de 1980, y que también se ha mencionado en esta oportunidad, es el relativo a la necesidad de establecer una diferenciación muy clara entre los bienes propios de la entidad fiduciaria y de los patrimonios autónomos de los bienes que les han sido confiados por los fiduciantes; no obstante, debe señalarse que no basta con un simple registro en cuentas de orden para establecer un adecuado control, sino que es requisito fundamental hacer un balance detallado para cada uno de esos patrimonios autónomos, con el propósito no solo de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Código de Comercio, en su Artículo 1236, en relación con una rendición de cuentas detalladas al fiduciante, sino también con el ánimo de tener elementos de juicio suficientes para ir evaluando gradualmente cómo se está desarrollando la gestión encomendada a ese fiduciario de acuerdo con las condiciones fijadas en el acto constitutivo.

En esa perspectiva, tal como lo mencionó el doctor Carlos Esteban Jaramillo en el día de ayer, la Superintendencia Bancaria se encuentra adelantando un estudio de carácter tanto jurídico como contable para expedir una reglamentación sobre el particular, anotando que la parte contable, a la que me referiré más adelante, constituye un tema demasiado complejo, precisamente por la variedad de negocios que se pueden desarrollar a través del mecanismo fiduciario. Por su parte, en lo relativo al aspecto tributario, como lo mencionó el doctor Pulido, no creo conveniente profundizar en el tema, primero, porque la discusión al respecto surgió como consecuencia de las exposiciones efectuadas en este Seminario y, segundo, por tratarse de un tema cuya competencia no le corresponde a la Superintendencia y, por ende, está en poder de otras autoridades gubernamentales decidir sobre los aspectos aquí tratados.

De otra parte, lo que es necesario recavar es el apoyo indudable que representa para la Superintendencia Bancaria la labor eficiente que desarrolle la revisoría fiscal, en cuanto permite identificar manejos que a la institución gubernamental, por no tener posibilidad de efectuar visitas permanentes a la generalidad de instituciones vigiladas, no le es dable percibir en un momento dado, por no tener acceso directo a los libros de todas las entidades. Así, la información que suministran los revisores fiscales es de fundamental importancia y, sobre ese particular, es de destacar el esfuerzo realizado en la última época por parte de este tipo de funcionarios y que, en muchos casos, le han permitido a la Superintendencia hacer observaciones a las mismas sociedades y ordenar ajustes que, de otra manera, difícilmente se hubieran podido detectar.

Una vez expuestos, en forma demasiado general, los aspectos que considero más importantes, y vuelvo y repito, sin que ello implique desconocer las demás materias tratadas por el doctor Franco en el seminario de 1980 y el doctor Pulido en la exposición que me antecedió, procedo a analizar lo que ha sido el análisis a los estados financieros, por parte de la Superintendencia. Tal como se mencionó ayer en las conferencias sobre "Aspectos del Derecho Mercantil", para nadie ha sido un secreto que el negocio fiduciario se ha desarrollado en buena parte bajo la sombra de una captación de dinero y, en ese sentido, a través de una intermediación financiera que desafortunadamente se ha cumplido tanto en las secciones fiduciarias de los establecimientos bancarios —bancos y corporaciones financieras— como a través de las mismas sociedades fiduciarias, siguiendo así la trayectoria de lo que fue el surgimiento del fideicomiso en otros países, fenómenos a los que no fue extraña Colombia y, aunque en la gran mayoría de casos esa tendencia se ha corregido, no puede desconocerse que los efectos del sistema utilizado inicialmente aún permanecen vigentes y, en otros, se mantiene la tendencia de concentrar sus actividades en este tipo de negocios que, a primera vista, resultan más lucrativos.

Así las cosas, el esfuerzo de la entidad vigilante se ha destinado de manera fundamental a proteger los intereses del público que le ha confiado sus recursos a las sociedades fiduciarias. En efecto, aunque en principio era de suponer que estas entidades estaban cumpliendo un mandato por cuenta y riesgo del fiduciante, como quiera que se trataba de una captación simulada de dinero la responsabilidad por los resultados finales en el manejo de los bienes debía asimilarlos la misma Fiduciaria y, en consecuencia, afectar su propio patrimonio y no el patrimonio autónomo de los recursos recibidos de los fiduciarios.

En ese orden de ideas, para citar solo alguno de los ejemplos más representativos de lo que ha sido las instrucciones impartidas por la Superintendencia, es del caso destacar la contabilización como dudoso recaudo, en el balance del fiduciario, de los préstamos originados en fideicomisos de inversión sin destinación específica. Al respecto, conviene aclarar la aparente contravención a lo dispuesto en el artículo 1233 del Código de Comercio, según el cual los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, al formar un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo. En efecto, dado el carácter en que son

recibidos los recursos en esta clase de negocios, en los que incluso, por lo menos en el pasado, se garantizaba una determinada rentabilidad a través de la colocación de los recursos a una tasa superior para obtener así el margen normal de intermediación de cualquier Institución Financiera, diferente a la simple comisión que en teoría le corresponde al fiduciario, no podía acudirse al argumento de que las pérdidas del negocio corrieran por cuenta y cargo de los fideicomitentes, sino que, por el contrario, el riesgo debía asumirlo el fiduciario al no haber cumplido en forma adecuada con la gestión encomendada, salvo que el fideicomitente hubiera impartido instrucciones concretas de destinar sus recursos a determinados créditos, situación que ciertamente no corresponde a la práctica normal en estos negocios.

El segundo aspecto, que también tiene directa relación con el otorgamiento de préstamos por parte de las sociedades fiduciarias y en muchos casos de los mismos encargos fiduciarios realizados por las secciones respectivas de los bancos y corporaciones financieras, se refiere al haber otorgado créditos en desarrollo de los que, en un momento dado, por incapacidad del deudor para cancelar sus obligaciones, fue indispensable recibir bienes en dación en pago a un precio superior a los del mercado o, tratándose de acciones, a los registrados en bolsa e incluso a los valores intrínsecos que reflejaban los estados financieros de las respectivas empresas. Por lo tanto, se exigió constituir provisiones para amparar tales activos pues, de nuevo, la responsabilidad no podía correr de ninguna manera por parte del fiduciante sino que debería reflejarse en los balances de las sociedades fiduciarias.

Son los anteriores las dos situaciones en las cuales en forma reiterada ha intervenido la Superintendencia Bancaria dentro del propósito general de velar porque los estados financieros de las entidades reflejen una historia clara, completa y fidedigna de sus negocios, con el objeto de suministrar una información adecuada para la toma de decisión de los ahorradores, de los Administradores y accionistas, manteniendo siempre un nivel aceptable de solvencia. Sobre este último particular, como es de todos conocido, si el negocio fiduciario se manejara conforme a las disposiciones legales, los requerimientos de capital para el manejo de sus operaciones serían mínimos. Sin embargo, por los aspectos anotados sobre el manejo de los fideicomisos de inversión, hubo necesidad de que, en varios casos, la Superintendencia Bancaria compartiera órdenes de capitalización como si se

tratara de intermediarios financieros comunes y corrientes, ello en orden a garantizar un mínimo de solvencia que respaldara las obligaciones adquiridas con terceros, por cuanto que, de todas maneras, al haber entregado los fiduciantes sus recursos, partían del principio de seguridad en su manejo por parte de las Fiduciarias, pues, al fin y al cabo, es el principio elemental y fundamental de la fiducia.

Así las cosas, a pesar de haber sido pocos los casos en esa situación, no por ello deja de ser representativo el hecho de haber exigido capitalizaciones de magnitudes significativas que han llevado a reflejar en los balances quebrantos patrimoniales que en circunstancias normales no hubieran ocurrido. La breve exposición que he hecho en materia de fideicomisos de inversión no tiene otro propósito que el de expresar una preocupación a las sociedades fiduciarias y a las mismas secciones fiduciarias de los establecimientos bancarios sobre la necesidad de buscar nuevos negocios que, como se ha mencionado y se conoce por parte de los estudiosos del tema, aún quedan por explorar, teniendo en cuenta los innumerables ramos de la actividad económica en los que la fiducia puede hacer grandes contribuciones. Así pues, parece indispensable olvidarse del aparente negocio atractivo que constituye el fideicomiso de inversión como simple intermediación financiera, toda vez que si bien no está sujeto a limitaciones de encaje, inversiones forzosas, capital-pasivo para con el público, etc., ha demostrado un alto riesgo en la colocación de los recursos, que fácilmente pueden convertirse en pérdidas cuantiosas. Ahora bien, antes de terminar esta parte relativa a los fideicomisos de inversión, conviene reconocer que ciertamente se ha dado un cambio notorio por parte de las diversas entidades, en el sentido de propender por la búsqueda de nuevos negocios y dar una aplicación efectiva a los negocios fiduciarios. No obstante, a pesar de haberse reducido la importancia de los fideicomisos de inversión, la Superintendencia Bancaria prepara la reglamentación sobre el particular, en la cual, desde luego, tendrá en cuenta las opiniones de las partes interesadas en orden a garantizar que, sin desvirtuar la naturaleza del negocio, se enmarque dentro de reglas claras y precisas.

De otro lado, el fideicomiso inmobiliario constituye una nueva modalidad que se ha utilizado en forma intensiva por parte de algunas sociedades e indudablemente puede hacer grandes contribuciones para el sector de la construcción; sin embargo, desde el punto de vista contable debe tenerse en cuenta que, como las pérdidas solo se registran en el momento de la liquidación de las obras, es necesario mantener un adecuado control con base en razonables proyecciones

financieras y soportados en balances individuales de cada uno de los fideicomisos que permitan identificar en forma clara cual es el desarrollo que se tiene en cada uno de esos proyectos y evitar así sorpresas al finalizar los desarrollos habitacionales, en particular la presentación de pérdidas cuantiosas que en algunos casos tendría que asumirlas las fiduciarias, dependiendo de los términos en que se hayan celebrado los contratos.

De otro lado, quiero hacer referencia a lo señalado por el Artículo 8o. de la Resolución 214 de 1975, emanado de la Superintendencia Bancaria, la cual constituye el estatuto básico de inspección y vigilancia sobre las Fiduciarias. En efecto, a pesar de que en este artículo se menciona que la Superintendencia Bancaria dictará las normas relativas a la forma como se deberá llevar la contabilidad de esa clase de sociedades, es necesario reconocer que no se ha utilizado esa facultad para expedir una reglamentación de carácter general. No obstante, y ello en manera alguna tiene el carácter de excusa, dado el mismo desarrollo de los negocios que han tenido las sociedades fiduciarias, el control de la Superintendencia se ha concentrado especialmente en lo que corresponde a los fideicomisos de inversión, buscando ante todo la protección de los ahorradores para garantizar la devolución de los recursos que les han sido colocados bajo su buen cuidado, a través de requerimientos de capital a fin de obtener el necesario nivel de solvencia, con base en estados financieros ajustados a la realidad. Así mismo, y es quizás el aspecto de mayor complejidad, en el momento en que las sociedades fiduciarias se concentren en actividades que corresponden propiamente a su naturaleza, indudablemente se presentará una amplia variedad de negocios en los cuales pueden participar y, en consecuencia, resultaría excesivamente complejo tratar de establecer un manual de cuentas para registrar con el debido detalle absolutamente todas las operaciones que podrían celebrar.

Al respecto, cabe destacar que la situación es diferente a la de los establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial y, en fin, de los intermediarios financieros, toda vez que para estas entidades la Superintendencia ha expedido reglamentos particulares muy detallados, pero basados fundamentalmente en lo que se llama el régimen de los estatutos excepcionales, esto es, que lo que no les está permitido, les está prohibido, en razón a las normas taxativas y excluyentes que delimitan su objeto social, principio que, por no aplicarse a las sociedades fiduciarias, dificulta en extremo la elaboración de una Circular reglamentaria en materia

contable. En ese orden de ideas, el manejo contable tiene que partir de las mismas entidades, observando desde luego unos principios generales que se encuentran contemplados en las normas legales vigentes, fundamentalmente en cuanto a que la contabilidad debe suministrar una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante. Así mismo, además de la aplicación de los principios de contabilidad de general aceptación, adaptados en cada caso a los negocios fiduciarios, es del caso insistir en la necesidad de manejar cuentas separadas para cada uno de los patrimonios autónomos.

Para finalizar, debo manifestar que la Superintendencia Bancaria tendrá en cuenta las ideas e inquietudes que se han planteado en este seminario y que serán de indudable importancia para expedir una legislación que cubra todos los aspectos y, en lo que corresponde a los aspectos contables, desde luego estará atenta a prestar toda la colaboración que sea indispensable y, obviamente, a hacer las reuniones que se consideren necesarias para expedir un reglamento que, por lo menos, contemple unos parámetros de orden general que permitan aplicar criterios básicos y efectuar análisis sobre las bases de estadísticas uniformes de las diferentes instituciones fiduciarias.

Por último, debo dar mis agradecimientos de nuevo a la invitación que gentilmente se me hizo para participar en este foro y quedo a disposición de ustedes para las inquietudes que tengan al finalizar el presente panel.

Muchas gracias.

EXPOSICION DE JAVIER FRANCO ARISTIZABAL

Muchas gracias al doctor Sergio Rodríguez por la invitación que me formuló a participar en este seminario y particularmente le agradezco el haberme incorporado en la parte contable, materia que como abogado me he atrevido a exponer, no con título académico, sino por lo que me enseñó la universidad de la vida.

En el año de 1980, con ocasión del seminario internacional de Fiducia, se me invitó a participar como expositor sobre temas contables.

En aquel evento expuse una técnica muy personal de registro contable, surgida de un proceso de consulta y de meditación durante largas noches en la búsqueda de una solución para los bancos y corporaciones financieras. Estas instituciones vienen registrando la actividad fiduciaria en cuentas de orden, bajo una modalidad de técnica contable por registro simple, pues la contrapartida de "Cuentas de Orden por contra" solamente es (y lo seguirá siendo) un aparente medio de cuadre, un costal roto que recibe pero no conserva.

La técnica propuesta copia un poco los métodos contables de los fondos de inversión que empezaron a operar desde 1960. La Ley que los regula en su creación y operación fué muy explícita, muy clara en determinar cómo se deberían separar los dineros captados para invertir en valores bursátiles.

Tanto el dinero como las inversiones obtenidas en la actividad del fondo no forman parte del patrimonio, del balance propio de la Sociedad Administradora de inversión y la Ley ordena llevar contabilidades independientes.

El Fondo de Inversión no es persona jurídica capaz de manifestarse por sí mismo y lo hace a través de la Sociedad Administradora que sí se constituye como persona jurídica, precisamente para representar y administrar tales fondos.

Lo mismo hemos pensado que podría ocurrir con la fiducia: El banco, la corporación financiera, la sociedad fiduciaria tienen un patrimonio propio, un capital aportado por unos accionistas. El

patrimonio bruto compuesto por todos sus activos que son la garantía general de los acreedores conformantes del pasivo externo, no puede incorporar los bienes recibidos en fiducia.

Hay qué buscarle al bien en fideicomiso un registro contable más lógico para reflejarlo de una mejor manera que en las simples cuentas de orden.

El expositor del tema, doctor Viatela, representado por el doctor Pulido, recomienda que los estados financieros de las entidades fiduciarias reflejen los bienes en fideicomiso, pero no precisa el método de reflejo. El me hace un alto elogio por la exposición técnica de 1980 y expresa temor de tal vez interpretar un poco equivocadamente el punto de mi conferencia, cuando resume:

“a) La sección fiduciaria debe constituir una empresa con contabilidad propia, asimilable a una sociedad de hecho.

b) Cada encargo fiduciario tiene su balance propio con activos y pasivos.

c) La suma de los activos netos o patrimonio de todos los encargos fiduciarios se registraría en la contabilidad del fiduciario como unas cuentas de orden, denominadas “Fideicomisos”.

Agradezco el elogio, pero discrepo en cuanto no estoy sosteniendo que se reflejen los patrimonios autónomos en unas cuentas de orden de fideicomisos.

He dicho que se arme un balance especial de los bienes en fideicomiso. Me atrevo o me atreví a lanzar los nombres de activos fiduciarios y pasivos fiduciarios. El balance fiduciario se anuncia en el balance patrimonial del banco, corporación financiera o sociedad fiduciaria luego de anotar las cifras de activos y pasivos, en cuentas de orden que deben identificar a continuación “**cuentas de orden por fideicomisos**”. Esas cuentas de orden por fideicomisos le advierten al público que es necesario mirar otro estado financiero en el cual se indica que la institución fiduciaria tiene en su poder una serie de patrimonios por cuenta de terceros. Al pie o al lado del balance patrimonial se publicaría el balance descriptivo de los bienes en fideicomiso. Este balance es el que proponemos como técnica nueva de registro contable.

En qué consiste la técnica. Es muy simple. Si alguien lleva un título de acciones a una sociedad fiduciaria, a un banco o corporación financiera, respectiva sección fiduciaria, tal título no va a entrar a formar parte de su patrimonio, pero sí lo tiene que contabilizar para poderlo controlar. Eso de controlar supone una obligación. Si yo tengo un bien aquí y por el otro lado tengo una obligación, por qué no hacer los correlativos y jugar por la partida doble. Entonces, por un lado registro inversiones en un Balance Fiduciario de bienes en fideicomiso y por otro lado debo colocar dentro de unos pasivos fiduciarios **“Obligaciones por fideicomiso de administración”**. Un bien raíz que recibo en **“fideicomiso inmobiliario”**, me supone una obligación de desarrollar un programa de construcción. El bien lo incorporo a un valor establecido y para la obligación creo el pasivo correlativo de manejarlo correctamente y esa obligación la vamos a llamar **“fideicomiso inmobiliario”**.

Si recibo el encargo de cuidar una cédula de capitalización o un seguro de vida, esto no tiene todavía contenido patrimonial aunque la cédula si lo va a tener en la medida en que avance el pago de cuotas. Pero el seguro de vida no tiene contenido patrimonial, es una expectativa, una contingencia. Sin embargo se debe controlar aunque sea por un valor supuesto de un peso y la obligación correlativa de cuidarlo, pues vale un peso. Así que debito un activo fiduciario por la póliza de seguro y acredito un pasivo fiduciario por el fideicomiso de administración de un seguro de vida.

Este balance general recomendado permitirá el registro contable de cualquier clase de negocio fiduciario, aún de aquéllos que no transfieren la propiedad, que como ustedes saben ocurre con la mayoría de los actos fiduciarios de la fiducia bancaria que consagra la ley 45 de 1923.

La entrega de una joya en custodia, de un carro, de un inmueble para simple administración no transfiere jurídicamente la propiedad. Pero tales bienes puestos al cuidado del fiduciario deben registrarse en los libros del fiduciario.

De manera que si tenemos cuentas dónde registrar el bien recibido o en propiedad fiduciaria o simplemente en administración, correlativamente abriremos unos pasivos por la obligación generada de manejar este bien.

La técnica contable expuesta supone un balance con la cuenta

caja, con depósitos en bancos, con inversiones, con préstamo, con muebles e inmuebles recibidos con transferencia de propiedad o por simple administración y, a la vez, por las obligaciones se van a conformar unos pasivos. Si recibo en caja un rendimiento, me genera automáticamente unos "rendimientos por pagar" en el pasivo, que pueden ser dividendos, intereses, comisiones.

Aplicando la técnica contable propuesta estaremos capacitados para el registro contable identificando patrimonio por patrimonio, o sea la individualización patrimonial de cada fideicomiso dentro de los libros del fiduciario. Y todos ellos sumados van a conformar los balances de la fiducia. Podremos así darle, cada seis meses, una respuesta al constituyente y/o beneficiarios sobre cómo le venimos manejando su fideicomiso; le estaremos rindiendo las cuentas que nos ordena la ley, sin problema ninguno, incluso ya hay algunas contabilidades montadas si no perfectas, al menos han respondido muy bien a esta inquietud y creo que cada beneficiario o constituyente se ha considerado satisfecho, porque dentro de la periodicidad legal viene recibiendo su estado de rendimientos.

Y a la vez, se le permite, si es un bien mueble o un bien inmueble, visitarlo y poder observar que hay un manejo correcto de su negocio o encargo.

Esto que he explicado, para ustedes es muy simple; no tiene nada del otro mundo. Se expuso a raíz de aquella conferencia de 1980 que traté de aprovechar muy bien y esta técnica hoy constituye herramienta de trabajo de algunas fiduciarias.

A la Superintendencia Bancaria, en el año 1981, envié carta oferta de asesoría gratuita que nunca fue respondida. Se ha ofrecido posteriormente a varias instituciones que la han acogido muy bien.

La hemos expuesto en seminarios a los cuales han sido invitados funcionarios de la Superintendencia Bancaria que han estado presentes y han podido discutir con nosotros si la técnica es buena, o si la técnica es mala. Aquí hay algunos de esos alumnos que han participado en estos seminarios que posiblemente no vuelva a dictar, porque en el año de 1984 fuí reconvenido por una asociación de contadores públicos, pues consideran que estoy interviniendo en una actividad que no me es propia como abogado.

De modo que les queda a ustedes la inquietud de la técnica para

que la analicen. Es muy sencilla, no corresponde a nada especial, simplemente me parece que es un acto lógico que el recibo de un bien en fiducia genere una obligación de administrarlo bien y todo ello debe reflejarse bajo un mecanismo de registro contable.

Muchas gracias.

CAPITULO IV

ASPECTOS COMERCIALES

Clemencia Inés Restrepo

El tema de la fiducia ha tenido para mí un interés personal, como afición y académico; las circunstancias me llevaron en el año 76 a trabajar con el Banco de Bogotá en la Sección fiduciaria y promover una nueva imagen de ella, pero posteriormente fuí trasladada al Banco de Bogotá en el exterior y tuve que reorientar mis actividades profesionales en el campo de la banca comercial internacional; sin embargo, dentro de mis inquietudes profesionales e intelectuales me he dedicado, un poco, a observar el ambiente en el cual se prestan los servicios fiduciarios en los Estados Unidos y con la experiencia vivida aquí, en Colombia, aun cuando por muy corto tiempo, he llegado a la conclusión de que las posibilidades para nosotros son muy amplias y que sin lugar a dudas estamos dentro de un campo que está totalmente virgen. Básicamente mi criterio es el de que, independientemente del marco teórico, en lo legal y tributario estamos en un momento donde a pesar de los obstáculos, el papel del banquero es el de definir el negocio fiduciario, si hay deficiencias de carácter jurídico y tributario es responsabilidad nuestra, y proponer los canales y los medios para resolver los problemas y no esperar que los legisladores y autoridades nos den todo resuelto, entonces me parece que las soluciones van por el lado del uso de la imaginación y de un poco de valentía. Yo quiero, al final de esta charla retarlos a que pensemos positivamente en este tema y que nos demos cuenta que ha sido por timidez el no habernos lanzado en el tema de la fiducia en forma más positiva y creativa y por lo tanto más productiva para el sector bancario.

Voy a hacer una breve reseña de la parte histórica y del contexto jurídico o legal en el cual funciona la actividad fiduciaria. La banca en los Estados Unidos es bastante antigua, data de 1791. Inicialmente se crearon los bancos estatales (para nosotros serían departamentales). Los bancos nacionales son una consecuencia de la federalización de los Estados Unidos, el derecho estatal prima sobre el derecho federal o nacional y son los estados quienes le otorgan al gobierno federal la posibilidad de legislar y regular sobre determinadas actividades.

El sistema financiero en los Estados Unidos básicamente tiene tres grupos componentes: Los bancos Estatales creados, les repito en 1791, los bancos nacionales que se crearon con posterioridad y como consecuencia de la iniciación del Banco de la Reserva Federal en 1913 y los bancos internacionales creados a partir de los años 60.

Los bancos nacionales están controlados directamente por el gobierno Federal a través del Banco de la Reserva Federal, dividido en doce distritos, los bancos estatales los controla la Superintendencia de Bancos de cada estado, posteriormente, en los años 60 con la proliferación en el mundo de los paraísos tributarios, los Estados Unidos empezaron a preocuparse muchísimo de qué pasaba con su banca eminentemente internacional; obviamente tanto los bancos estatales, como nacionales, tenían sus entidades o sus departamentos internacionales. Hacia el período 62-63 empezó a preguntarse por qué los bancos estatales no podrían prestar servicios en otros estados y por qué los bancos nacionales, creados en un estado tampoco podían prestar servicios en los demás estados. Entonces hubo una gran polémica y se llegó a la conclusión de que cualquier banco estatal podía prestar servicios, en otros estados, siempre y cuando se dedicara a la actividad internacional.

Un señor de apellido EDGE fué el que llevó a cabo esta demanda y entonces resultó una reglamentación que se denomina "EL EDGE ACT CORPORATION". Bancos como El City Bank y el Chemical Bank tienen corporaciones internacionales en el estado de la Florida, en el estado de California, y en el estado de Masachusets, etc.; y se limitan a desarrollar actividades y a la prestación de servicios que involucran actividad internacional.

Después de la crisis de los años 30 se creó el Federal Deposits Insurance Corporation entidad que otorga una póliza de seguro a los bancos estatales. Los depositantes de estos bancos hacen depósitos que están asegurados hasta determinada cuantía la cual ha venido evolucionando de acuerdo con el tamaño de la economía y hoy se garantiza hasta cien mil dólares. ¿Dónde está la Fiducia? Esta aparece desde el comienzo de la actividad bancaria. Se inicia más como un medio para canalizar los papeles de deuda pública emitidos por el Gobierno y a partir de 1790 existen los entes fiduciarios o departamentales fiduciarios en los bancos estatales bajo la idea de que sean los captadores de los impuestos y que manejen estos en unos fondos denominados "trusts" (acreedores varios de fiducia), que serían cuentas donde se mantienen unos fondos para hacer una utilización a un proyecto expreso o a algún objetivo específico. Cuando la crisis de los años treinta entran a regular las entidades fiduciarias y les exigen entonces a partir de este momento formalizar expresamente el funcionamiento de los departamentos fiduciarios, entonces el banco por el solo hecho de funcionar tiene derecho a tener su departamento fiduciario, pero eso no le da posibilidad de pres-

tar los servicios fiduciarios, tiene que solicitar autorización a la entidad que lo controla de acuerdo si es nacional o estatal, y la entidad entra a estudiar exigiéndole, entre otras, unas reservas especiales, una junta directiva específica, yo me atrevo a decir, es casi un banco paralelo al banco comercial, esto viene ya oficializado y expreso en la ley desde 1930 con la creación del Federal Reserve Bank.

Los elementos básicos de la fiducia son ocho, el primero de todos es la separación de toda la información de los récords contables del banco; segundo, la información total y completa de cada cuenta, es decir de cada cliente, incluyendo los litigios que se tengan pendientes; tercero, auditorías externas anuales obligatorias; cuarto, las inversiones deben estar de acuerdo con las órdenes del que establece la fiducia, y de acuerdo con la ley estatal o federal; quinto, la prohibición expresa del manejo de los propios negocios del banco, de los negocios de los directores y oficiales del banco; sexto, los activos fiduciarios totalmente separados de los activos del banco; séptimo, la denominación de oficiales responsables de la fiducia con la debida cobertura es decir, la ley exige una póliza de seguro que proteja la actividad fiduciaria del oficial o del miembro de la junta directiva o del vicepresidente encargado de la fiducia; por último, el octavo punto, el cargo de las comisiones como compensación de los servicios había sido siempre muy regulada, sin embargo, dentro de proceso interesante de la legislación de los Estados Unidos desde hace más o menos unos 10 años, se está dentro del proceso de la “desregulación”. Se dieron cuenta que la banca y sus actividades estaban muy reguladas entonces están empezando a aflojar, reorientándolas para que sean más amplias, dada una libertad en la definición de tarifas, y en las comisiones que se cobran por la prestación de los servicios fiduciarios.

Las definiciones de la fiducia en los Estados Unidos son muy sencillas, una de ellas dice: los servicios fiduciarios o de “trusts” consisten en una variedad de productos bancarios relacionados con el manejo de activos encaminado a ayudar a los clientes, individuos y corporaciones en el plantamiento de su propia situación financiera presente y futura. Como se ve la definición legal es eminentemente dinámica e involucra elementos bastante claros, manejo de activos, planeamiento, análisis de la situación financiera y hasta que yo muera o después de que yo muera, etc.

La fiducia se puede clasificar en: de individuos o de corporaciones; de clientes domésticos o internacionales; fiducia de vivos o testamentaria. En este marco teórico nos podemos quedar un poco, para entonces analizar lo que es un organigrama de una sección fiduciaria, que es bastante sencillo, lo importante de este esquema en el aisla-

miento de la actividad comercial del banco o sea tiene una organización paralela y perfectamente distinta, no hay ningún oficial en común, por ejemplo, los oficiales que hacen mercadeo en la banca comercial no pueden hablar de la actividad fiduciaria sino se está en presencia de un oficial de la rama fiduciaria, esto le da muchísima fuerza a la organización puesto que funciona como un banco pero diseñado por la prestación de estos servicios. De la junta directiva del banco depende un comité de fiducia que define la planeación estratégica y las políticas y tiene la obligación de reunirse cada mes. Dependiendo directamente del presidente del banco, está el vicepresidente o gerente según sea el rango del área fiduciaria.

Los analistas de los nuevos negocios están a nivel staff. En áreas distintas está perfectamente delimitada la fiducia de individuos o personal, de las corporaciones. En línea viene la parte del soporte operativa que le da internamente a la organización todo el soporte en la prestación de los servicios.

Es importante resaltar que la responsabilidad de la junta directiva y del comité de fiducia de las divisiones fiduciarias es perfectamente distinta a la responsabilidad de los comités de las divisiones comerciales en el sentido de que directamente los reguladores y los auditores les exigen la información periódica o sea deben mandar copias de las actas de las reuniones, directamente a ellos. En la actividad comercial, quien controla tiene a su disposición las distintas actas.

A continuación veremos los elementos externos necesarios en el funcionamiento de las áreas fiduciarias. Es importante tener en cuenta que mientras más amplia sea el área de influencia en la cual se van a ofrecer los servicios fiduciarios más fácil será su prestación o sea mientras más participantes haya dentro de la actividad es más fácil para el banco entrar a actuar. Además del soporte operativo interno es fundamental el soporte externo, este viene dado por organismos creados por el propio banco para darle apoyo a la fiducia, o por la utilización de organismos e intermediarios financieros que ofrecen estos servicios de soporte. Dentro de estos organismos cabe destacar las denominadas mesas de dinero, entidades intermediarias en el manejo de fondos por 24 horas y a plazo. Las secciones fiduciarias pueden tener su propia mesa de dinero o usar la mesa de dinero que tiene el banco para el propio manejo de la posición financiera. La mayoría de los bancos para no tener conflicto de intereses suelen utilizar el servicio de una mesa de dinero ajena para que le maneje los sobrantes de liquidez a la fiducia. Ese mismo concepto se aplica a las mesas de

corretaje e inversión que juegan el papel de intermediarios (bokers, dealers), que están permanentemente en el mercado de compra y venta de títulos valores, ya sea títulos valores emitidos por el gobierno federal o por agencias del gobierno o títulos valores expedidos por entidades privadas, acciones, bonos, papel comercial, etc. Por otro lado están las áreas de asesoría compuestas por grupos de analistas que pueden estar establecidas dentro de la misma área de fiducia o como departamentos independientes o pueden usar el soporte de entidades intermediarias que ofrezcan este servicio. Un ejemplo común es el de la fiduciaria con su propio "broker" de finca raíz, de esta manera el banco se reserva el manejo del delicado negocio de finca raíz por estar muy regulado. Sin embargo para la asesoría en otras inversiones por ejemplo sobre el sector energético o financiero existen casas especializadas quienes son expertas en el manejo y movimiento de acciones.

Entramos aquí dentro del tema relacionado con la administración propiamente dicha de las cuentas; lo usual dentro del sistema americano es que exista una distribución de clientes por funcionario u oficial del banco, a cada cuenta se asigna un oficial de mercadeo quien mantiene la permanente comunicación con el cliente y un oficial administrativo quien vigila la cuenta y mantiene la relación entre el oficial de mercadeo y el resto de la organización bancaria, posteriormente se verá la importancia que tiene este oficial de mercadeo en la prestación del servicio.

Creo que se debe mencionar dentro de este orden de ideas el sistema de información básico para el cliente. Existe la obligación legal de entregar al cliente por cada operación efectuada la información completa haciéndose además un envío periódico mediante un extracto sobre el estado en el cual están los depósitos e inversiones. Adicionalmente cada mes se debe hacer una reunión con el cliente para obtener una evaluación del manejo de sus negocios.

Cuál es el mercado de los servicios fiduciarios, yo creo que básicamente la división está compuesta como dije antes por personas naturales y jurídicas, y dentro de esta está la división de los negocios domésticos e internacionales. Cabe destacar, que el banco primero que todo debe establecer exactamente a cuál segmento quiere llegar dentro de un mercado supremamente amplio como es el de los Estados Unidos y como puede ser el nuestro en proceso de formación. La gama y la variedad de los servicios fiduciarios es casi infinita, pues se trata de evolucionar hacia el servicio del "traje hecho a la medida",

primando siempre un alto grado de especialización. Un banco solamente le presta servicios al sector financiero, pudiendo definir si servicios domésticos o internacionales para el manejo por ejemplo de un encargo fiduciario para bienes del mismo banco y de sus acciones. Hay otras secciones fiduciarias que solamente manejan familias con un número mayor de tres hijos o hay secciones fiduciarias que solamente manejan profesionales, médicos, abogados o arquitectos, es decir, el grado de especialización ha llegado a extremos que es a veces difícil de entender. En nuestro sistema estamos acostumbrados primero a definir el producto y después salir a ofrecerlo, mientras que en la actividad fiduciaria americana de lo que se trata es de identificar el segmento del mercado al cual se quiere llegar evaluando su potencial y luego se diseñan los productos que se van a ofrecer.

Dentro de este tema surge otro criterio de distribución de los clientes en el banco, se entraría a analizar si se quieren manejar los clientes de acuerdo con su tamaño (volumen de inversión) o de acuerdo con la orientación de la inversión. Desde el punto de vista publicitario a los servicios y a los productos en sí no se les hace propaganda, lo que se hace generalmente es orientar a un individuo dentro del banco a que lleve a cabo una relación personal y directa con el cliente y trate de identificar con él, el producto que satisface sus necesidades, y con todo ese soporte operativo y de asesoría prestar el servicio óptimo. Encontramos que es un producto perfectamente definido con el cliente y casi que dibujado para el cliente, por lo tanto el oficial de mercadeo es la persona que está enfrentada a diario con el cliente y volviéndose el elemento fundamental del servicio fiduciario. Puede ocurrir, en algunas ocasiones que ese oficial seguramente ha manejado una nota contable o se ha sentado en una mesa de dinero solamente en la etapa de entrenamiento general, seguramente nunca ha colocado unos fondos federales, o nunca ha tenido que entrar a hacer un análisis exhaustivo de la acción de la IBM, pero debe tener amplias capacidades como vendedor, es una persona que tiene una especial forma de comunicarse con el cliente y que entiende de algunas reacciones psicológicas del cliente. Este oficial para diseñar el servicio fiduciario se apoya en el experto de las acciones a ver si compra IBM u otro título para analizar la inversión de fondos a corto plazo o depósitos a término, o en el experto de moneda y depósitos en Alemania o depósitos en libras esterlinas.

Como se observa el banquero fiduciario es perfectamente distinto al banquero comercial. El banquero comercial cuando sale a promover un servicio, por ejemplo un préstamo, sabe que este se puede hacer mediante una línea de crédito o una carta de crédito o un avance y que las tasas de interés para ese cliente según resultado del análisis de sus balances debe ser de PRIME más un margen, es decir va a vender un producto que se define previamente y se acuerda con el cliente, en cambio, el banquero fiduciario no sabe que va a vender, es un banquero que simplemente se expone al cliente, a tratar de ver que es lo que el cliente necesita. Tomemos el ejemplo de un trust testamentario: el concepto de vida o muerte en la mentalidad anglosajona es algo fundamental, lo cual permite la formación de un trust que perdure después de la muerte del ordenante y aun de los beneficiarios, y por lo tanto su mercadeo. En nuestro medio hablarle a un cliente del negocio fiduciario considerando que se puede morir, y pedirles que registre la firma de una tercera persona, implica pedir excusas, partir de aquí es muy difícil realizar algo, cuando el banquero, tiene que pedir excusas al cliente por hablarle del elemento básico que va a dar la continuidad y la vigencia del servicio fiduciario.

Por otro lado a las entidades americanas les gusta hacerle mandados a sus clientes, les gusta manejarles la chequera, invertirles los sobrantes de liquidez aun cuando sea pequeños, pagarles los servicios, hacerle las inversiones, hacerle una inversión especial para financiar el futuro de uno de los hijos que tiene hoy siete años, dejar en claro que va a ocurrir a la muerte del ordenante de la fiducia etc. etc.

Hay dos aspectos de la fiducia, la vigencia en el tiempo y el traslado de la propiedad, que se dan más fácil dentro del sistema jurídico anglosajón y que cabe dentro de la mentalidad de los americanos.

Ceder la propiedad de mis activos para que los maneje otro es una situación muy difícil de aplicar dentro de nuestro sistema, la decisión de entregarle a un banco el manejo de mis bienes y además su administración después de mi muerte se ha dado por excepción en las experiencias de la fiducia en Colombia.

En los Estados Unidos la propiedad inmobiliaria no la tiene la persona en sí, no es un derecho absoluto, sobre la tierra se sedía por ejemplo el usufructo de ella, este se origina en el hecho de que el rey era el dueño, quien la sedía para su uso temporal, entonces, el concepto de propiedad no es que sea más amplio o flexible, sino que mientras aquí no se tenga la escritura del inmueble no se es propieta-

rio, allí hay un documento denominado “DEEB”, que es una exposición de puntos que describen el activo que no requiere ser notariado y solo desde hace pocos años para acá debe ser registrado.

Observemos ahora las secciones fiduciarias dentro del contexto general del banco asumiendo que tenemos unos expertos oficiales de mercadeo y administración de cuentas y que hemos identificado una serie de servicios. Para el funcionamiento de estas secciones no se requiere el uso de los fondos propios del banco. Podría decirse pues, que la rentabilidad en la prestación de servicios fiduciarios es muy alta, como dicen los economistas es infinita. Lo único que a los bancos les preocupa es que los ingresos de las fiducias, realmente cubran la totalidad de los gastos, costos, honorarios, y comisiones, etc., ...en los cuales se incurre y a veces no les interesa que se tengan rendimientos porque es un actividad eminentemente marginal y es una actividad que conduce además a atraer fondos y negocios para la banca comercial. Las evaluaciones de las secciones fiduciarias no se dan generalmente por el resultado en el estado de pérdidas y ganancias, las evaluaciones se realizan por medio de un sistema de información gerencial donde se establece que está aportando la sección para el banco en conjunto.

Por otro lado, parece ser que en los últimos años ha habido un traslado de servicios fiduciarios al área comercial, es decir, las entidades fiduciarias o los departamentos fiduciarios de los bancos han sido quienes han dado la base para el desarrollo de determinado servicio que hoy se presta en la banca comercial. Este es un hecho muy importante, siempre se ha tenido la idea de que la banca comercial se ha desarrollado primero y le ha cedido el campo a la banca fiduciaria para su operación esto definitivamente no es cierto, la banca fiduciaria ha venido trasladando sus experiencias a la banca comercial, por ejemplo, qué es hoy un “Cash Management System”, qué es hoy una asesoría para empresas sobre el manejo del Portafolio de inversiones, qué es hoy esto que tanto nos ofrecen aquí los bancos extranjeros, cuando viene el banquero americano a decirnos que nos ofrecen el servicio de un “cash connector” (sistema que nos conecta directamente con el computador de la Sucursal en los Estados Unidos para saber los balances diarios, las transferencias de Fondos y el número del flujo de fondos internacionales) no es más que una copia adecuada de lo que es el sistema de información que se le da a un individuo dentro de un encargo fiduciario. Esto es muy importante dentro del concepto de la banca y dentro de la importancia que tienen las secciones fiduciarias en los Estados Unidos. Ya mencioné el tema de las co-

misiones, los distintos cobros que se hacen en las secciones fiduciarias, están perfectamente liberados, es una competencia abierta, y definitivamente, la misma competencia los nivela teniendo en cuenta el número tan grande de participantes. Conviene ahora analizar el papel de los bancos dentro de este esquema de mercado y competencia, la complejidad radica en el número de participantes, el amplio número de intermediarios, firmas de corredores de bolsa, de corredores de finca raíz, etc... yo creo mientras más amplio sea el medio es más fácil actuar si tiene que entrar a definir que se quiere hacer manteniendo un alto nivel de especialización. Por ejemplo, hoy hay una proliferación de los servicios fiduciarios internacionales, en los últimos 10 años la fiducia internacional se ha vuelto un elemento fundamental en la actividad de los "trust", debido a los controles de cambio, hoy vigentes en la mayoría de los países en vía de desarrollo, acompañado por monedas débiles tratando de proteger la salida de sus divisas, por lo tanto los mismos gobiernos realizan acuerdos fiduciarios para el manejo de sus divisas y otro tanto hacen los individuos, se nota una demanda creciente por encargos fiduciarios, alimentada con fondos de origen extranjero. Por ejemplo los bolivianos con una inestabilidad permanente en su país buscan quien les maneje parte de sus negocios fuera; lo importante es involucrarse, estar en el negocio a niveles mediano y pequeño; otro caso es el de los argentinos, peruanos, ecuatorianos, etc., en fin, esto les esboza un poco el ambiente que estamos viviendo allá. Para los americanos todo lo que les llegue va a vincularse dentro de su activo proceso productivo sin preocuparse si del otro lado hay legislaciones que prohíben el manejo de divisas extranjeras. Ellos parten de la obligación de prestar un servicio. Estas nuevas actividades han hecho aún más rentables las secciones fiduciarias. El panorama es el de una actividad bancaria muy rentable que no solamente le da un soporte adicional al área comercial del banco sino que además son rentables en si mismas. Son organizaciones dentro del banco perfectamente autónomas e independientes, no se crean como lo pensamos aquí, por ejemplo, cuando se dió amplio uso al mandato comercial y se empezaron a crear otras secciones financieras dentro de los bancos, a través de la negociación de Carteras, esta competencia interna no se da en el sistema americano, tal vez a la banca comercial le cedan todos los servicios posibles para que ellos los exploten. No están las secciones fiduciarias montadas para ver como se le saca más fruto al cliente, ampliando la mentalidad comercial de la banca comercial, no prima el criterio de rendimiento ni de retorno sino el de como se puede realmente mantener el cliente por el resto de su vida, vinculado estrechamente al banco, bajo el principio de que siempre va a traer negocios adicionales y nuevos.

Hay un tema importante y es el de la estandarización de los servicios, existe más que todo, para los servicios a corporaciones, para la prestación de los servicios fiduciarios a sociedades y entidades, cuando una corporación, la IBM va al U.S. Trust o va al Chemical Bank y le pide que a través de la fiducia se les manejen todas sus inversiones en títulos valores, se les aplican unos servicios perfectamente estandarizados, o el caso de emisión de papel comercial o que les hagan el denominado "underwriting", son todos estos negocios específicos, están sumamente definidos y solamente cambian de acuerdo con el volumen o el tamaño; la fiducia tiene muy pocos productos estandarizados en la prestación de servicios a individuos. Ahora, no nos olvidemos que la fiducia de los individuos es la que nos lleva a la fiducia de las sociedades o compañías. El enfoque de mercado de las entidades fiduciarias grandes como la del U.S. Trust o el Manufacturers Hanover, o Bankres Trust es el fortalecimiento de la fiducia de individuos y como consecuencia llega la fiducia de las corporaciones. Si al Vicepresidente Financiero de la Chrysler se le maneja su fiducia como individuo en un banco, sin lugar a dudas algunas de las decisiones de fiducia de la Chrysler irán a ese mismo banco; el Chemical presenta como publicidad de una corporación un gerente financiero enredado en una cinta métrica sin fin, sin que haya podido definir que es lo que va a ocurrir con algunas inversiones, entonces el Chemical le ofrece a ese hombre que venga a donde él para insinuarle que es lo que debe hacer, el servicio se llama "Portafolio Management" y el mensaje es como puede el Chemical ayudar a las corporaciones en el manejo del portafolio de inversiones. La publicidad de la banca en este sentido es muy abundante, al punto que cansa.

Yo creo que una parte fundamental del negocio fiduciario es la admisión de un gran número de participantes en el negocio fiduciario, la preocupación no es el mercado, el mercado existe, cada individuo, cada uno de los 26 millones de personas de Colombia son potencialmente clientes de fiduciaria; propongan ustedes en el barrio de los Laches una actividad de acción comunal conjunta con un banco como coordinador para el desarrollo de obras comunitarias, una escuela, un parque, etc., ofrézcale a un ganadero que no quiere pagar impuestos, y verán como se ayuda a que se racionalice un poco la situación, etc., etc.... El segundo criterio sería el diseño de productos, se trata de diseñar productos simples e imaginativos, es un poco analizar como podemos crear servicios sin ampararnos en el criterio que la Ley no nos deja, lo que ocurre es que si la ley, de pronto es el obstáculo, hay que decirle al legislador en que consiste un nuevo producto con los puntos claros, por ejem-

plo desde el punto de vista tributario, el traslado de la propiedad a una fiducia como patrimonio autónomo hace que se modifique los términos de tributación del ordenante, el resultado puede ser que si declara por ejemplo, lo que tiene en inversiones en los Estados Unidos, el problema tributario se resuelve, en parte, a través de la creación de un trust, se le ofrece que en lugar de pagar impuestos donde el porcentaje del rendimiento del trust se le va a canalizar a fundaciones o entidades sin ánimo de lucro que son expresamente exentas de pago de impuestos, lo cual amortigua o disminuye el efecto tributario en conjunto. Esto se puede usar como elemento de mercadeo y publicidad. Ideal sería crear un marco de referencia donde el Colombiano admita un plan donde acepte primero que se va a morir y segundo que va a pagar impuestos.

Un ejemplo aclararía el grado de entendimiento al que pueden llegar el legislador y los contribuyentes; en Maimi ocurrió algo de mucho interés, se expidió una Ley bajo la cual se creaba un impuesto que se llamaba "UNITARY TAXES" donde cada entidad internacional ubicada en Miami debería pagar impuestos, aun cuando muy pequeños, sobre las utilidades de todos los negocios que tenían alrededor del mundo, esto se hizo para producir ingresos y para completar el presupuesto de educación en el estado de la Florida y evitar se bajara el nivel de la enseñanza pública en el estado, uno de los mejores de U.S.A., la situación era difícil pues creaban un impuesto universal o internacional lo cual podría servir de precedente para otros impuestos en el tema internacional, además de que gravaba la actividad financiera expresamente exenta de impuestos; entonces a través de la asociación de bancos internacionales de la Florida FIBA (Florida International Bankers Ass.) se empezó a hacer lo que llaman ellos el "lobbing" o Cabildeo que consistió en hacer llegar el mensaje del error de la norma y oficialmente se dieron alternativas para producir el mismo ingreso con otras medidas, el resultado fue el de que el gobernador expresó su preocupación y retiró la ley, es decir es una actitud en donde si la iniciativa privada o el sector afectado correctamente y con honestidad y ofreciendo alternativas para resolver el problema propone otras soluciones el legislador buscar adoptar las normas a los servicios que se quieren prestar. Aquí y a pesar de nuestra rigidez tiene que ocurrir un diálogo, creo que es un poco de responsabilidad nuestra irnos hacia eso. El tercer punto conto consiste en el mantenimiento de los estados financieros independientes para las secciones fiduciarias manteniendo su autonomía con el debido control. Tengo entendido que durante la conferencia de contabilidad se tocó a fondo este tema. Es importante y fundamental que si se quiere hacer una

fiducia correcta los activos y los estados financieros deben mantenerse en forma autónoma y separada, es decir, un balance paralelo al balance comercial con sus activos, pasivos y su propio estado de pérdidas y ganancias. El cuarto concepto es el del ingreso financiero de las áreas fiduciarias. Dentro del contexto financiero del banco en general este debe considerarse como marginal y su evaluación debe hacerse a través del análisis de la información gerencial. Cuanto le aporta la sección fiduciaria al resto del banco o a la organización.

El quinto criterio es el de la información a la clientela. El cliente debe ver absolutamente todos los estados y toda la información de su cuenta y esta debe estar permanentemente disponible para su análisis y evaluación aún cuando se hayan dado facultades discrecionales en la toma de decisiones y aún cuando se haya otorgado un trust irrevocable.

El cliente siempre debe tener la posibilidad de mirar como están sus fondos, en nuestro sistema se tiene todo en unas cuentas de orden y en unos acreedores varios y ahí esta contabilizada toda la masa de negocios fiduciarios.

El sexto concepto es el de la tendencia a la especialización de las áreas fiduciarias. Si ustedes están involucrados en la fiducia deben haber tenido la experiencia en la toma de decisiones encaminada a especializar la actividad, ahora bien si van a iniciar la actividad fiduciaria deben establecer en cuál segmento quieren estar.

El manejo de mercado en pequeño dentro del negocio fiduciario es más exitoso que el manejo de un solo mercado grande. El manejo de productos diseñadas por ejemplo para firmas de abogados, ganaderos, comerciantes del sector textilero, es mejor que la fiducia prestada a todos los clientes y a todos los comerciantes del país, definir, además si el comerciante de Bogotá, el ganadero de Villavicencio y el azucarero de Cali, pero dentro de esta especialización debe existir el mayor grado de sofisticación en los productos vigilando que sean sencillos y fáciles de prestar. Yo les diría que está todo por hacer, el mensaje que yo quiero dejar es el de que no estamos por inventar la rueda, que tenemos un soporte muy interesate en las experiencias de los Estados Unidos quienes están muy avanzados en la creación y evolución de los servicios fiduciarios, yo creo que los bancos internacionales están deseosos y muy interesantes en prestarles la mayor atención y darles la mayor información. Los americanos son muy amplios, muy abiertos, mi experiencia durante mi período de entrenamiento

fue la de que me mostraron más de lo que deseaba, además a ellos les interesa la competencia, porque ella saca los mediodres y mantiene los buenos, con la consecuente medición permanente del nivel en la calidad de la prestación del servicio. Si existe una sola fiduciaria nadie valoraría si es buena o mala.

Doctor Ricardo Arango

Después de escuchar los planteamientos expuestos sobre la aplicabilidad de los Fideicomisos en los Estados Unidos, creemos conveniente mostrar la evolución de ésta figura en Colombia, muy a nivel colombiano.

La implementación de la figura ha vivido un proceso que permite determinar los fundamentos de su filosofía. La Fiducia en Colombia debe implicar seguridad, credibilidad y especialización. El manejo de contingencias implica la necesidad de controlar factores imponderables que deben ser debidamente dimensionados. Existe el riesgo en creer que la Fiducia es una figura fácil de aplicar y que se limita a diseñar un contrato y montar un negocio con un factor adicional que significa el hecho de no existir ninguna correlación entre el tamaño y la tecnología de la Fiduciaria frente a la capacidad de hacer el negocio. La posibilidad ilfmité en cuanto a modalidad y a cuantía nos obliga a un altísimo grado de especialización y de responsabilidad.

Teniendo como base fundamental la filosofía antes expuesta se debe determinar el objetivo de la figura. La aplicabilidad de los fideicomisos en Colombia debe girar en torno a la búsqueda de problemas y necesidades para encontrarles las adecuadas soluciones. Como decía la doctora Clemencia —no se trata de armar un paquete a salir a venderlo—; en LA NACIONAL FIDUCIARIA S. A. y en algunas otras fiduciarias del país, nos hemos dedicado a la “Fiducia Inmobiliaria” por considerar que es un campo con muchos problemas y un gran potencial. Este sector requiere en este momento inyectarle una alta dosis de seguridad, habida cuenta de los fracasos y permanentes situaciones de riesgos e incredulidad que se ha vivido en el país. Con la filosofía inicialmente mencionada y la búsqueda de soluciones que optimicen el proceso de construcción en Colombia y brinden la tranquilidad adecuada, hemos diseñado una modalidad de Fiducia, con base en dos elementos fundamentales. Estos elementos son la Etapa Previa y la Etapa de Construcción. La Etapa Previa, es la que nos permite brindar esa credibilidad y esa seguridad. En Colombia sabemos construir muy bien, somos muy buenos en la parte técnica pero adolecemos de ciertas fallas en la parte de planeación.

Las variables que afectan un proyecto suelen ser muy cambiantes y lo que hoy creemos que es factible, quizá mañana ya no lo sea. Lo que los economistas llaman "Falacia de Composición" es uno de los grandes problemas encontrados; creemos que algo es bueno y todo el mundo lo cree, por lo que en el momento de llevar a cabo la expectativa se presenta una oferta excedida, sin que la demanda permita llenar estas expectativas. En la Etapa Previa de nuestros proyectos establecemos un punto de equilibrio, esto es que la venta debe garantizar la cobertura de los costos desembolsables. En otras palabras, no nos aventuramos por la simple expectativa que genera un estudio de mercado, sino que buscamos que la Etapa Previa se convierta en un estudio de mercado hecho realidad. Por otro lado, durante ésta etapa conseguimos los créditos requeridos, para evitar el incumplimiento de promesas cuando el proyecto es irreversible. Paralelamente a las anteriores acciones, aseguramos las variables técnicas y los permisos respectivos. Una vez hecho el acopio de éstos factores considerados definitivos para el éxito de proyecto, se traspasa la propiedad a LA NACIONAL FIDUCIARIA S.A. para el inicio del desarrollo de la construcción.

Al llegar a la Etapa de Construcción vamos a afrontar otros problemas que existen en Colombia. En este sector, en la situación tradicional es factible encontrar situaciones en las que si se tuvo suerte, se logró que el mercado esperado coincida con la realidad y las promesas de crédito se cumplan, es factible que no se cuente con los elementos adecuados para manejar y administrar las variables. Esto es, lograr una buena ejecución de lo planeado. La Fiducia se encarga de controlar que esas variables se cumplan, administrando el proyecto en todos sus frentes, que permitan llevarlo a un feliz término.

En LA NACIONAL FIDUCIARIA S. A. se logra una participación realmente democrática de todos los entes vinculados, existiendo en algunos casos un tipo de asociación denominada por nosotros "Fideicomiso al Costo" donde los inversionistas obtienen un beneficio del orden del veinte por ciento (20%) al treinta por ciento (30%) del costo total, que tradicionalmente quedaba en manos de los constructores. En esta figura la participación del Fideicomitente de Inversión o Propietario Final de la Unidad es bastante activa durante todo el proceso de decisiones; ya, en el campo práctico hemos buscado un mercado que obedece a una necesidad imperiosa en Colombia consistente en la concertación entre los sectores público y privado para el desarrollo del proyecto. El doctor Sergio Rodríguez en alguna ocasión mencionó esta modalidad como una respuesta a la recesión a través de la Fiducia. Este esfuerzo conjunto se puede lograr utilizan-

do planes de vivienda y comercio que con su rentabilidad permitan al sector privado subsidiar las soluciones a las necesidades comunitarias.

En éste campo estamos desarrollando proyectos en las ciudades de Pereira, Armenia y Cartagena, existiendo posibiliaddes en Cali y Neiva. Básicamente, se trata de lograr compatibilizar los intereses del sector privado con los del sector público. Realmente nos hemos dado cuenta, que es muy factible que el sector privado obtenga una buena rentabilidad y de paso contribuya a obras importantes para las ciudades. Para poder atraer a los inversionistas los proyectos no deben ser movidos únicamente por altruismo sin tener un ingrediente de rentabilidad. La frase adecuada sería "hacer patria con rentabilidad".

En el caso concreto de la ciudad de Pereira, estamos desarrollando un Centro Comercial y Cultural, en una zona de gran deterioro y es considerado como una acción puntual definitiva para la renovación urbana. Estamos construyendo un Centro Comercial de un valor superior a los 1.000 millones de pesos en una difícil situación de recesión por la que está atravesando el país. La ciudad se está beneficiando no solamente en el área de renovación urbana, sino también recibiendo una donación del cuarenta por ciento (40º/o) del costo del Teatro Municipal que se encuentra involucrado en el proyecto, se le está entregando un teatro al aire libre y finalmente la ciudad se está beneficiando de 200 parqueaderos para el público. Existe la posibilidad de hacer un puente peatonal, que comunique el último piso del Centro Comercial con las inmediaciones del Hotel Melía, para integrar la zona superior y residencial con el centro de la ciudad. El puente podría ser auto-financiado mediante la venta de locales ubicados en el mismo. Este esquema ha tenido ya muy buena recepción en otras ciudades de país. Tal es el caso de la ciudad de Armenia, en donde la Empresa de Desarrollo Urbano que con un lote valioso pero improductivo, había intentado en varias ocasiones realizar algún tipo de proyecto, pero sin ningún éxito.

En éstos momentos vamos a iniciar en el lote un Centro Comercial en donde la Empresa de Desarrollo Urbano puede realizar el activo y al mismo tiempo obtener ingresos que le permitan continuar siendo la columna vertebral del proceso de renovación urbana.

En la ciudad de Cartagena se inició exactamente el mismo proceso en la zona de Getsemaní, hoy zona de gran deterioro que se constituye en punto clave para la renovación urbana de la ciudad. Vamos a desarrollar un centro comercial que supera los 500 millones de pesos y que por sí mismo generará un polo de desarrollo.

Este tipo de proyectos permite crear nuevas zonas comerciales sin que en el momento de su ejecución exista un mercado en torno a él, por tratarse de una zona de deterioro, sino que por su magnitud y atractivos signifiquen el inicio de un flujo humano importante.

Hay un caso curioso en la ciudad de Nevia en donde enfrente de la plaza principal o sea en pleno corazón de la ciudad hay una zona de grandísimo deterioro. Hasta la fecha han habido alrededor de cinco (5) proyectos con necesidad de recursos del estado, que con todas sus limitaciones y dificultades no han obtenido su disponibilidad.

Teniendo en cuenta la situación planteada se le propuso a la Alcaldía un proyecto de concertación que cobije comercio, oficinas y parqueaderos desarrollado por el sector privado y que permita construir a un costo muy bajo y subsidiado el Palacio de Gobierno, que es una necesidad sentida de la ciudad.

Básicamente esa es la orientación de LA NACIONAL FIDUCIARIA S. A. que como decíamos al principio, se detecta una necesidad buscando su solución con proyectos que brinden tranquilidad al inversionista privado.

Evitar la inversión es algo azaroso y permitir una valorización automática una vez se inicia la venta del proyecto, dado el nivel de venta garantizado.

Hablando de rentabilidad y valorización tenemos un caso concreto de la ciudad de Pereira, donde se ha presentado el fenómeno de valorización, no solo para el centro comercial sino para el área circundante. El proyecto se inició ofreciendo el metro-cuadrado a \$100.000 y después de su terminación el valor del metro-cuadrado supera los \$250.000.00, las casas circundantes al centro han incrementado considerablemente su valor.

Luego hablando de proceso de renovación urbana por vía natural generada por la oferta y demanda sin necesidad de acudir a recursos estatales, simplemente recurrir al principio de valorización de la tierra.

Utilizando los principios de asociación y de seguridad, creemos que en el país sí hay posibilidades de desarrollo y que se logra en beneficio de la comunidad, amparándonos en el criterio de rentabilidad privada.

Bogotá, 14.05.86

Humberto Patrón Ortiz

Cuando el doctor Sergio Rodríguez me invitó amablemente a participar como panelista en este Simposio sobre Fiducia, le manifesté que mi aporte tendría que circunscribirse a comentarios sobre mi experiencia, ya que en primer lugar no era abogado y en segundo término mi vinculación a la fiducia era tangencial, como administrador de un contrato de fideicomiso, posiblemente el más grande y complejo realizado en nuestro medio, entre otras cosas por la naturaleza de los bienes.

Con las aclaraciones anteriores, paso a dar una explicación muy simple de lo que ha sido llamado el Fideicomiso de Cingra S. A., mediante la escritura pública 0204 del 2 de febrero de 1984, los Fideicomitentes entregaron en fiducia las acciones de una sociedad identificada por ellos como Holding del llamado Grupo Grancolombiano, para que mediante la administración de esa organización de acuerdo a ciertas restricciones, se cumplieran determinadas finalidades como el garantizarle a los acreedores de las sociedades del grupo la cancelación del capital e intereses en la proporción indispensable para darles la seguridad de que los saldos se cancelarían normalmente. Este contrato estableció un mecanismo para nombrar las diferentes Juntas Directivas de las compañías y así establecer el vínculo con la Holding y la relación de poder sobre el conglomerado. Estimo que este caso es un ejemplo importante de como la Fiducia sirve como instrumento para facilitar una solución a tan complejo problema.

Dentro del desarrollo del citado contrato, la administración tuvo oportunidades para utilizar diversas modalidades de contratos fiduciarios para solucionar problemas de índole legal o comercial. Es así como se logró dar agilización y movilización a ciertos bienes improductivos mediante contratos de desarrollo con empresas fiduciarias. En otros casos, se utilizó la Fiducia para desvincular la propiedad accionaria y evitar una serie de complicaciones jurídicas, ya que el dar acciones en fideicomiso irrevocable, significa el traslado de la propiedad accionaria y el fiduciario actúa con todos los derechos y obligaciones de accionistas en forma independiente al accionista original.

El segundo tema que deseo resaltar es el de la Fiducia como vehículo de expansión de servicios financieros. Afortunadamente los bancos comerciales en Colombia en la última década, han evolucionado en cuanto a su concepción del mercadeo, saliéndose del tradicional manejo de cuentas corrientes y de ahorro para dar lugar a un desarrollo de productos que satisfagan las múltiples necesidades de los clientes y la economía colombiana. Dentro de éste contexto, las secciones fiduciarias de los bancos pueden y deben jugar un factor decisivo, como impulsadoras y multiplicadoras de posibilidades. En efecto, cualquier entidad financiera atiende diferentes segmentos de clientela con distintas necesidades de servicios. El cuenta-correntista no necesariamente es el mismo cliente de los depósitos de ahorro, ni el señor que invierte en CDT, es el mismo que utiliza los servicios internacionales. Las secciones fiduciarias al clasificar y segmentar adecuadamente sus clientes y sus necesidades pueden actuar como agentes para prestar múltiples servicios por razones económicas, geográficas o hasta de simple conocimiento y comprensión, acercar la clientela a productos a los que de otra manera no tienen acceso. En el negocio fiduciario es tal vez difícil decir que no se puede hacer; creo que todo se puede hacer y dentro de la ortodoxia bancaria. Hay bancos que venden títulos de lotería, manejan patrimonios y hasta han vendido canecas para basura. Mediante la explosión de oportunidades debemos avanzar hacia la especialización de que nos hablaba la Doctora Clemencia al poder medir los potenciales de los mercados que hoy son completamente vírgenes, porque estamos ante unas herramientas no utilizadas y que la misma legislación o entidad vigilante no conocen en profundidad, desde la simple contabilización o presentación.

Por último existen figuras como los fideicomisos de garantía que en situaciones vigilante como la que atraviesa nuestro sector financiero, duramente castigado por la recesión y el uso desbordado del endeudamiento, puede constituir una herramienta de extraordinario valor. Esta figura puede obviar la compleja y lenta constitución de garantías específicas, permitiendo un manejo más simple y racional de los recursos para respaldar a todos los acreedores o facilitando las reestructuraciones de deuda de las empresas en problemas financieros. El agente fiduciario externo se constituye de esta manera en factor de confiabilidad y permite el desligar los intereses de propietarios y acreedores en forma eficiente en procura de los mejores resultados evitando las pugnas por mejor posición individual frente a garantías u otros intereses, que no siempre llevan a los mejores beneficios individuales y sociales.

Pablo Trujillo

Uno de los grandes problemas del desarrollo de la fiducia en Colombia es la multiplicidad de campos en los cuales puede operar, creando la posibilidad de distraerse en negocios varios sin concentrarse en ninguno. Hacer fiducia implica, en la mayoría de los casos, la estructuración de un servicio a fin de ofrecer las ventajas que el manejo en volumen dan al cliente.

Estoy convencido de que en el negocio fiduciario es absolutamente necesario tener una conciencia clara de a dónde se piensa llegar, qué servicios se van a ofrecer, qué ventajas implican para el usuario, costo, estrategia de mercadeo, etc. Solo así se hará una fiducia seria y se tendrá una entidad exitosa.

En Colombia nos hemos engolosinado en la permanente discusión de aspectos jurídicos de alta alcurnia, que aun cuando no se les pueda restar importancia ni trascendencia, en el normal de los casos no cubren sino casos aislados. Es importante crear productos que hagan parte del diario vivir, negocios comunes y corrientes que tengan un desarrollo relativamente simple, buscar en los lugares obvios e ir generando ese uso comercial. Perder esa costumbre que tenemos últimamente en Colombia de crear e incentivar por decreto. La ley ha superado a la sociedad y se ha creado el caso donde el hombre reglamenta antes de haber creado, con el desprecio de la experiencia y de la tradición. Estoy seguro de que muchos de los problemas legales que hoy se plantean se solucionarán a través de la práctica.

Como una demostración de los infinitos campos de la fiducia, pongo como ejemplo el campo de los beneficios a empleados, con productos tales como nóminas confidenciales cuyo concepto es hoy totalmente desconocido en el país. A muchas empresas puede interesarles que un tercero maneje su nómina, evitando dentro de su organización los descontentos y las filtraciones de información que esto puede producir. Solo el patrimonio autónomo de la garantía de la confidencialidad. Su aislamiento jurídico y contable es una herramienta única para ofrecer en este campo.

Otro producto en el mismo campo de invaluable ayuda es el de manejo de fondos de ahorro, que producen normalmente uno de los más grandes desgastes en las organizaciones. Muchas empresas han sufrido las consecuencias de un fondo de empleados mal manejado. Tan clara es la función de las fiduciarias en este campo que la última legislación creó un artículo en la ley sobre fondos mutuos, la figura de la factibilidad jurídica del manejo de estos fondos por una fiduciaria.

El campo de las calamidades y los préstamos a los empleados, es otro punto de servicio para una fiduciaria, su manejo, destinación, reglamentación y confidencialidad son puntos a favor de este servicio. El manejo de fondos de destinación específica como la salud, la incapacidad o el retiro son campos de acción.

Es lógico que en casos como los citados anteriormente y sobre todo en el caso de muerte y retiro se hace necesario crear una mayor claridad tributaria, ya que en estos casos figuras que le competen como la del seguro cuenta con claras definiciones. La existencia de este tipo de mecanismos en otras partes del mundo son una ventaja para lograrlo.

Podemos también hablar de participación accionaria de los empleados en la empresa, de capitalización de las empresas a través de este mecanismo, obteniendo la gran ventaja del manejo político de las acciones, limitante que ha hecho fracasar muchos de estos planes. Si vamos mas lejos es una forma de liquidar la empresa.

El destino específico se convierte en otra gran herramienta para las fiduciarias. Casos como el seguro de vida, exigen claramente una herramienta con la cual el asegurado se sienta seguro del fin que se le dará a su dinero. Lo mismo sucede con las donaciones a fondos específicos que las empresas o las personas quieren destinar a una determinada causa.

Este destino específico cubre también otros fideicomisos como el inmobiliario, o el mismo de inversión donde se crea la posibilidad de establecer distintos portafolios, de tal manera que el inversionista tenga la posibilidad de escoger.

Todo lo anterior nos lleva nuevamente al comienzo de nuestra charla y nos indica que solo la especialización permitirá a una fiduciaria ahondar en estos campos, pero no es solo el mercado, este factor

también tiene gran incidencia sobre el resultado económico de la fiduciaria, cada producto implica un montaje, unos sistemas, un cuerpo de administración, unos conocimientos, en resumen un costo que solo el volumen de la operación hace rentable.

Por otra parte el mercadeo de fiducia en Colombia es realmente pobre, no se han preparado medios de distribución, aun no se conoce el intermediario fiduciario. Elemento indispensable si se quiere cubrir un buen número de personas con un producto. Pretender que la publicidad venda es difícil si no se cuenta con un adecuado mecanismo de cierre. Hay que estar donde están los generadores naturales del negocio, donde los constructores, donde los abogados, donde los corredores de bolsa, etc. No podemos pretender en primera instancia que todos conozcan de fideicomiso. Por ello y mediante productos específicos hay que buscar la educación, como se logró con el fideicomiso inmobiliario.

Esta estrategia presupone conocer el mercado al cual se desea llegar, con qué productos, organizar una estrategia y una programación. Creo que si en Colombia las entidades existentes hacemos esto el mercado de fiducia entrará en franca expansión que suministrará un mercado suficiente y amplio para todos los entes que hoy existen.

Doctor Germán Tabares C.

Debo, en primer lugar, expresar mi agradecimiento a los organizadores de este Seminario, la Asociación Bancaria de Colombia, Deloitte Haskins & Sells y Directores, así como al Coordinador Académico del mismo, doctor Sergio Rodríguez Azuero, por la gentil invitación que se sirvieron formularme para pronunciar las palabras de clausura del evento. Debo manifestar aquí que para mí ha sido particularmente grato tener esta oportunidad, no solo en razón de mi carácter de Superintendente Bancario sino igualmente, y esto lo conoce bien el doctor Rodríguez Azuero, por la circunstancia de que la actividad fiduciaria ha sido, desde los comienzos de mi carrera profesional, uno de los temas que ha despertado mi mayor interés tanto por sus características y naturaleza propias, como por la importante función que ella puede desempeñar dentro de un circuito económico determinado. Reitero, pues, a todos ellos mi cordial agradecimiento.

Tal como acabo de anotar, la actividad fiduciaria bien entendida y adecuadamente desarrollada puede llegar a ocupar uno de los lugares más importantes y de mayor utilidad para la comunidad en general. Los ejemplos que en esta materia podemos tomar de otros países son bien elocuentes y ponen de presente lo que en nuestro medio podría llegar a realizarse. Pero, tal como su nombre lo indica y como en tantas oportunidades se ha destacado, la actividad fiduciaria tiene como fundamento, más allá que ninguna otra, el elemento confianza por parte del fiduciante. Y cuando los servicios fiduciarios se ofrecen en forma abierta e indiscriminada, a prácticamente toda la comunidad, lo que está en juego es nada más ni nada menos que la confianza pública.

Bien saben ustedes, como lo sabe el país entero, que una de las preocupaciones fundamentales del actual Gobierno fué desde sus inicios y lo ha sido a través de todos estos años la de proteger la confianza pública en las entidades del sector financiero, confianza particularmente sacudida por hechos de todos bien conocidos. Y el mantenimiento de esa confianza no se logra principalmente garantizando a quien ha entregado sus dineros a una entidad determinada que si ésta los maneja mal no va a perderlos porque, en últimas, el Estado entrará a reembolsárselos, sino creando las condiciones para que las Entidades a las cuales el público encomienda el manejo de sus recursos procedan en todo caso estrictamente ceñidas a las normas de la ley, de la prudencia y de un sano manejo financiero. Esto último se

obtiene fundamentalmente procurando que los administradores de tales entidades reúnan las condiciones mínimas indispensables de probidad ética y de capacidad profesional. Reunidas estas condiciones, se dan las bases insustituibles para un manejo adecuado de los recursos del público, y, como consecuencia, de la necesaria protección de la confianza de ese público.

Pero, desde luego, el Estado no cumpliría adecuadamente su función si no mantuviera sobre las entidades que manejan el ahorro del público un permanente control y vigilancia que le permita detectar a tiempo cualquier desviación violatoria de la ley o cualquier práctica que pueda significar riesgos distintos de los normales en el desarrollo de una actividad económica determinada. A veces por inadvertencia, a veces por imprudencia y, desafortunadamente, a veces también por ánimo de aprovechamientos indebido, los administradores de las entidades que manejan recursos de sus conciudadanos se desvíen de lo que son los parámetros sanos de su actividad. El estado debe estar ahí para advertirlo oportunamente y para oportunamente aplicar los correctivos a que pueda haber lugar.

Se ha hecho casi un lugar común en los últimos años en nuestro medio, particularmente como un eco de la política seguida por los gobernantes de dos de las grandes potencias mundiales, afirmar que el gigantismo del Estado y su ingerencia e intervención en todas las actividades del país no dejan trabajar al sector privado y que, como consecuencia, es necesario tomar las medidas del caso, no sólo para disminuir esa actividad intervencionista, sino y consecuentemente, para disminuir el tamaño del Estado. Probablemente nadie en Colombia pretendería en este momento sostener que el Estado haya sido eficiente en el cumplimiento de sus deberes, no de ahora sino de mucho tiempo atrás, ni que en algunos aspectos no merezca revisiones, reestructuraciones y recortes que seguramente son indispensables. Pero, si alguna cosa ha quedado demostrada, es que el Estado no puede dejar desamparada a la comunidad ni puede volver a convertirse, como en el pasado, en un apático gendarme que se limita únicamente a mirar lo que ocurre, dejando que las cosas pasen y que las consecuencias de ellas se produzcan, así se lleven por delante los intereses de la comunidad. Y esto es particularmente cierto cuando los intereses comunes involucrados son los de carácter económico, con todas las secuelas que, desde el punto de vista social, el desconocimiento de esos intereses puede llegar a tener.

La actividad fiduciaria involucra necesariamente el elemento eco-

nómico y el elemento confianza. Por eso, sin lugar a dudas, la ley ha querido en nuestro medio que ella se realiza habitual y profesionalmente, y se ofrece públicamente, que esté sujeta a una vigilancia y control permanente por parte del Estado, que corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria. En el caso en que la desempeñen entidades bancarias o Corporaciones Financieras esa facultad aparentemente es clara para todo el mundo y no ha suscitado diferencias de opinión, ni en cuanto a su existencia ni en cuanto a su alcance. No ha ocurrido igual con las denominadas Sociedades Fiduciarias, respecto de las cuales se ha pretendido en algunos casos sostener que las atribuciones de la Superintendencia para vigilarlas y controlarlas son casi que de naturaleza accidental y que la autorización a que se refiere el artículo 1.226 no tiene contenido distinto al de que la Superintendencia acepte que una Entidad determinada puede desarrollar las actividades fiduciarias. Pero que, de ahí para adelante, la Superintendencia no está en condiciones de establecer determinadas reglamentaciones ni de aplicar las normas que rigen la actividad fiduciaria desempeñadas por Bancos y Corporaciones Financieras.

Nada más alejado de la realidad. La atribución conferida a la Superintendencia por el artículo 1.226 del Código de Comercio, y a mencionado, no puede significar, de ninguna manera, indiferencia hacia la forma como en el futuro las Sociedades Fiduciarias desarrollen su objeto social. Interpretarlo así, sería convertir a la Superintendencia Bancaria en un rey de burlas y desconocer que, a partir del momento en que el Estado expide una autorización de la naturaleza de la indicada, asume una responsabilidad para con la comunidad, responsabilidad inevitable e ineludible; porque si así no fuera, ¿qué objeto podría tener esa autorización? Pero es que, además, por ser vigiladas por la Superintendencia Bancaria, las Sociedades Fiduciarias son entidades financieras; así lo dice expresamente el artículo 24 del Decreto 2920. Y resultaría imposible aplicar, en los casos a que hubiera lugar, las normas de ese Decreto si la Superintendencia no tuviera todas las atribuciones que le permitan ejercer adecuadamente su labor de vigilancia. Creo que nadie se atrevería a negar que las Sociedades Fiduciarias manejan el ahorro privado puesto que, cuando ofrecen sus servicios al público, lo hacen de manera indiscriminada y reciben, como norma general, dineros de los más variados orígenes, de los distintos estratos sociales.

Y hay un punto adicional, que vale la pena mencionar, y que es de público conocimiento. Desafortunadamente, en la actividad de las Secciones Fiduciarias de algunas Entidades bancarias, de algunas

Corporaciones Financieras y de algunas Sociedades Fiduciarias se ha venido presentando una tendencia a la desviación hacia la intermediación financiera; se captan recursos del público, al cual se le solicita un mandato abierto y se le garantizan determinados rendimientos; y esos recursos, se prestan a terceros. Si eso no es intermediación financiera, no importa como se la denomine, no parece posible encontrar una cosa que resulte tan idéntica a otra. Se olvida de paso, además, que una de las características esenciales de la actividad fiduciaria es que el fiduciario no debe asumir posición propia ni riesgo propio; y en la operación descrita no parece haber duda de quién está asumiendo el riesgo.

Por razones como las anotadas, la Superintendencia considera no solamente tener la facultad sino el deber de ejercitar todas sus atribuciones legales para ejercer una adecuada vigilancia de las actividades fiduciarias de las entidades que tienen esta sección o que tienen este tipo de objeto social. Y en ejercicio de estas facultades, en cuanto no pueda hacerlo directamente, propondrá a las autoridades respectivas la expedición de las normas que, a su juicio se requieran, para garantizar que el funcionamiento de las secciones y Sociedades fiduciarias se ciña a los principios que las rigen y a las normas legales, y que se apliquen oportunamente los correctivos que eviten la desviación hacia áreas que de ninguna manera son de su competencia.

De todas formas, como lo he sostenido en otros Foros, el Gobierno no tiene interés en ir más allá de lo que sea estrictamente necesario para el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, de forma que no hay ninguna razón para abrigar temores respecto de la imposición de cortapisas injustificadas a la actividad privada. Lo que en este caso se requiere, como en tantos otros, es que esa actividad se realice dentro de los canales legales y para beneficio de la comunidad, entendida como un todo. Y así como las normas de carácter penal no tienen por qué ser motivo de preocupación especial para el ciudadano honrado, que no viola los derechos de los demás, las restricciones que eventualmente haya que imponer para evitar desviaciones de la actividad fiduciaria no tienen por qué preocupar tampoco a quienes desempeñan esta actividad con un estricto apego a la Ley.

Reitero mis agradecimientos a los señores organizadores y al señor Coordinador Académico del Seminario por su gentil invitación así como por la iniciativa de adelantar este análisis sobre distintos aspectos de un tema de tanta trascendencia para la economía nacional como es el de la actividad fiduciaria.

Muchas gracias,

Bogotá, Febrero 28 de 1986

CONCLUSIONES

En primer término, si ustedes me permiten, quisiera repetir mis agradecimientos, de una parte, a los organizadores de este seminario, IBAFI de la Asociación Bancaria, Directores, y Deloitte Haskins and Sells; en segundo término a los conferencistas que han hecho unas presentaciones realmente extraordinarias, creo que hemos tenido el privilegio y la fortuna de tener dos días en los cuales y en cada uno de los campos hemos escuchado las mejores opiniones, nos han surgido los más importantes interrogantes y hemos aventurado más de una buena respuesta; y en último término pero con el mismo nivel de importancia, agradecerles a todos ustedes por esta respuesta que no solo es importante por el número muy significativo de participantes sino por el alto nivel del grupo y por la calidad de las intervenciones.

Se trataba y se trata, exclusivamente, de que terminado el seminario intente hacer algunas reflexiones sobre el mismo y sobre el tema de la fiducia que por fuerza tienen que ser esquemáticas y resultan de las notas que he tomado, como seguramente todos ustedes lo han hecho y luego de escuchar a los intervinientes. ¿Qué podría decir sobre la Fiducia? ¿Qué podría decir luego del seminario? En primer lugar me parece que podemos afirmar que la fiducia en Colombia ha crecido, sin duda alguna. Clemencia Inés que estuvo algunos años ausente, justamente desde el último seminario. La fiducia en Colombia ha crecido, no solo en el número de instituciones participantes, porque, además de los bancos y las corporaciones con sus secciones han nacido muchas Sociedades Fiduciarias en los tiempos recientes, sino por la calidad y diversidad de los negocios. Por el primer aspecto el Dr. Gilberto Peña nos planteaba la pregunta de saber si no habría muchas fiduciarias. Yo creo que es una pregunta válida. Siempre hay que tener cuidado en este sentido. Pero hoy Clemencia Inés agregaba tal vez la otra cara de la medalla que yo expresaría así: si ese mayor número se traduce en una sana competencia y si esa sana competencia se traduce, a su turno, en una mejor respuesta al mercado, bienvenidas las fiduciarias. Naturalmente corresponde en mucho a las autoridades de control, que tienen todos los elementos de juicio a su disposición, medir la necesidad que tenga un mercado financiero en un momento dado, de nuevos intervinientes, de evaluarlos caso por caso.

Y por lo que toca con la calidad y número de los negocios hay que advertir que, la Superintendencia, con no poca razón, los intervinientes de hoy y la doctora Clemencia Inés Restrepo insisten en la inconveniencia de las llamados fideicomisos de inversión sin destinación específica, es decir, de simple intermediación financiera. Aun cuando algo quede, lamentablemente, aún cuando por lo demás y digámoslo

con confianza y con todo el respeto con la Superintendencia, a veces en los procesos de creación es un mecanismo que se utiliza como apoyo mientras se consolidan las entidades, lo cierto es que uno cree sentir en el mercado fiduciario colombiano una clara tendencia hacia el diseño de modelos de productos y de esquemas que correspondan, ellos sí, precisamente, a una labor de servicios fiduciarios.

Y en ese orden de ideas esta realidad contrasta, un poco, con la posición del doctor Gilberto Peña y las exposiciones que hemos oído hoy. Me parece que contra lo que él recomendaba y era que se mantuviese muy abierto el espectro de cada una de las entidades para hacer todo, la experiencia parece mostrar que eso no es lo que conviene, que la especialización es una sana respuesta, que es preferible hacer pocas cosas bien hechas que intentar hacer muchas en forma mediocre.

En segundo lugar, diría que buena parte de los problemas se han solucionado, así no haya habido respuestas específicas y deliberadas a muchos de ellos. Y es porque quizás la mejor respuesta es la dinámica misma. Los problemas se van solucionando en la medida en que se va operando, en que se va recorriendo el camino, en que se van haciendo negocios y entonces los interrogantes, las disposiciones académicas en que los abogados nos lanzamos con tanto entusiasmo, van quedando en cierta manera relegada por los hechos. Cuando las sociedades fiduciarias y las secciones fiduciarias de las entidades financieras realizan nuevos negocios, cuando se hacen ya no folletos invitando a creer en la fiducia sino a participar en proyectos de remodelación urbana, centros con teatros, almacenes y gentes que viven y operan allí, entonces esa realidad, felizmente, comienza a poner en su sitio a los problemas teóricos, a los que somos tan aficionados.

Uno podría decir, por ejemplo, que el esquema del derecho formal poco o nada ha cambiado pero que en materia de derecho mercantil sí bien subsisten interrogantes y luego les mencionaré unos pocos, la verdad es que, en términos generales, se cuenta con una muy buena legislación y que, como diría el doctor Peña, es mucho lo que el intérprete puede hacer por mejorar las fallas que hayan quedado.

En materia de derecho tributario, salvo la modificación en relación con la eliminación de los impuestos sucesorales, hay unas disposiciones que tienen fallas y vacíos que voy a mencionar enseguida, pero que de todas maneras, por lo menos, tienen la inmensa ventaja de

haber constituido una respuesta específica, desde el punto de vista fiscal. Naturalmente, cuando no había ninguna disposición tributaria sobre el particular, los interrogantes no resueltos significaban que las fiduciarias que acometían cierto tipo de negocios se sentían dando una especie de saltos al vacío. Ahora hay unas normas; creo que se pueden cambiar y corregirlas, en alguna medida, pero existe un punto claro de referencia.

De otra parte esos problemas se han solucionado porque la actividad intelectual colabora mucho, sin que tengan que reformarse las leyes. Se han producido numerosos conceptos de la Superintendencia Bancaria, alguno ayer se criticaba pero yo diría que muchos muy positivos, muy importantes, que han hecho claridad. Se han hecho concursos universitarios, elaborado tesis de grado, dictado conferencias realizado simposios y se ha venido decantando el sistema contable. Escuchábamos como, por ejemplo, la Asociación Bancaria ha venido realizando cursos sobre contabilidad fiduciaria. Hay muchas fiduciarias que, por fuerza del negocio en que entraron, han tenido que definir su sistema contable y están trabajando con él sus productos. De suerte que me parece que lo que prueba la misma experiencia es que con base en el desarrollo, como diría Clemencia Inés, sin timidices, con imaginación, con decisión de hacer las cosas, se pueden ir solucionando muchos problemas.

Naturalmente en el punto tercero de mis reflexiones, subsisten algunos. Pero que ellos existan y por eso los he mencionado, apenas, en tercer lugar, no solo es connatural a cualquier estructura jurídica y operativa sino que constituye, probablemente, motivo no solo de estos simposios, sino de muchas las labores de investigación que en todos los campos tenemos que realizar.

Por ejemplo, uno tiene la sensación que tanto en derecho mercantil como en derecho tributario, las disposiciones se dictaron pensando en las fideicomisos a título gratuito. Ayer escuchábamos el director jurídico de la Dirección de Impuestos Nacionales, justificando el que aquellas normas del 74 dieran ciertas soluciones que realmente se estaba pensando, fundamentalmente, en los fideicomisos a título gratuito. Pero resulta que, en la práctica, son numerosísimos los fideicomisos y los negocios de fiducia mercantil a título oneroso para los cuales, seguramente, no hay respuesta adecuada. No se si en alguna de las charlas o en algunos de los descansos, alguien evocaba el problema, muy frecuente, que tienen las fiduciarias, cuando en estos negocios onerosos una persona transfiere un inmueble a la fiduciaria

con el encargo de que más tarde se lo transfiera a un tercero, que en el primer momento no puede recibirlo por distintas circunstancias de tipo fiscal, de tipo organizativo, la necesidad de reformar una sociedad para citar algunas. Y como, en ese caso, por ejemplo, se van a causar dobles cargos impositivos desde el punto de vista del derecho notarial porque hay que hacer unas escrituras, unos registros para transferir el bien a la sociedad fiduciaria y otros meses más tarde para transferírsele al beneficiario final. En otras legislaciones el problema está solucionado. En México lo tienen hace muchos años arreglado, y nosotros tenemos aquí cosas por hacer. Pero la realidad colombiana recarga el costo para soluciones amigables entre acreedores y deudores que no tendría que pagarse. Es un problema, pues, de los muchos que pueden enumerarse y para los cuales puede conseguirse una fácil solución en el futuro.

Hay, de otra parte, en el derecho comercial, todavía, interrogantes frente al alcance de esta noción de patrimonio autónomo, sobre la solución de los posibles embargos de acreedores anteriores. Yo se, porque me lo han expresado gerentes de muchas fiduciarias, cómo hay negocios que no se han realizado ante el temor de que, una vez adelantados, pueda aparecer un tercero que, incluso de buena fé, porque tiene un título anterior, persiga los bienes fideicomitivos. Y aún cuando ya hemos escuchado muchas explicaciones interesantes del doctor Peña, la verdad es que si un juez decreta el embargo y en ese día su negocio se paraliza, no habrá un gerente de la fiduciaria que le perdona a los abogados no haberle advertido ese riesgo. Entonces el peligro existe, y no es simplemente teórico. Hay mecanismos, los hemos adoptado en algunos negocios, que solucionan el problema en casi el ciento por ciento, pero el interrogante subsiste.

También se formulan preguntas sobre los fideicomisos de garantía que el doctor Ricardo Arango trafa a cuento ayer. Hubo una cosa muy importante, me parece, y fue la participación del doctor Carlos Esteban Jaramillo sobre este particular. Lo fue en todos los puntos desde luego y fue precisarnos que si bien él pensaba que el concepto del año 74 seguía teniendo validez porque, en su sentir, aún restan interrogantes por resolver, había ya decisiones concretas de la Superintendencia que, en casos específicos, habían autorizado modelos de contrato, que, bien nítidamente como fideicomisos de garantía o como los que yo llamaría fideicomisos de fuente de pago, están enderezados, en últimas, a una finalidad prácticamente idéntica.

En relación con el derecho tributario en concreto, uno no puede

dejar de advertir que buena parte de la inspiración de esas normas resultó del temor al fraude fiscal y es una lástima.

Creo que, como decía el doctor Duque, una figura que no se conocía que acababa de reglamentarse en un código, suscitaba temores a las autoridades de impuestos. Tenían temores sobre la posibilidad que se malutilizara pues como decía el doctor Duque, cuando uno lee por primera vez autores que escriben sobre fiducia encuentra que para-fines heterodoxos y al margen de la ley se inició en muchos sitios el manejo de la fiducia. Pero yo creo que la experiencia, al mostrar la seriedad de los negocios, puede permitir, que se introduzcan algunos cambios que pienso serían de amplio recibo por parte de las autoridades.

El otro aspecto que me parece que es interesante para ambas manifestaciones del derecho es que uno tiene la sensación de que las normas se dictaron olvidándose de que la fiducia es un medio y no un fin. Es decir el negocio fiduciario es un mecanismo para realizar unos fines y es posible, como se hacía en la mesa redonda ayer, distinguir entre el negocio formal de fiducia y el negocio subyacente cuyas finalidades se piensa obtener. Ese desconocimiento, esa simbiosis involuntaria que se hizo entre el medio utilizado y el fin buscado, requiere aclararse y podría ayudarnos a resolver muchos de los interrogantes en derecho.

Por último, en materia de contabilidad, oímos una muy viva discusión en torno a la ponencia y a los puntos que fueron presentados. Me parece que allí más que en ningún otro campo hay una solución al alcance de la mano, no solo porque la Superintendencia Bancaria tiene facultades expresas para dictar normas en materia de contabilidad sino porque la misma Superintendencia nos ha anunciado la proximidad de una regulación que yo pienso, tanto deberá tocar aspectos sustanciales como de contabilidad.

Ahora bien y con el profundo respeto que me merece esa superioridad, tan bien representada en este foro, traeré a cuento la reflexión de la doctora Clemencia Inés Restrepo en el sentido de que si en otros países está, la "desregulación" yo creo que aquí debemos evitar las regulaciones excesivas. Creo que las resoluciones son bienvenidas pero a veces el exceso de regulación termina matando las figuras. Me parece que un criterio es señalar directrices precisas pero dejarle, como lo ha hecho la Superintendencia con muy buen sentido en estos años, mucho juego, a la iniciativa particular.

De todas estas reflexiones se me ocurre que hay un claro camino que debemos seguir y que podría resumirse en tres puntos: En primer lugar, en la necesidad de dialogar. Entender que es una actividad interdisciplinaria que, probablemente, lo que no nos explicamos es como, después de seis años, no hicimos en todo este tiempo un comité fiduciario donde pudiéramos reunir abogados, contadores funcionarios de la Superintendencia de Notariado y Registro, de la Dirección de Impuestos Nacionales, a intercambiar información y a discutir los problemas concretos. Porque en un seminario es imposible obtener respuestas, cuando más se obtienen unas inquietudes.

De otra parte, en segundo lugar, me parece que hay que seguir empeñados en divulgar la figura. Alguno de los expositores me preguntaba ayer si para su intervención podía prescindir de mencionar una serie de temas que consideraba sabidos. Le respondí que no. Ningún tema es sabido en ningún seminario y ningún tema es suficientemente conocido en relación con la fiducia. Hay que volver siempre sobre las nociones fundamentales para poder enmarcar la reflexión sobre el tema e insistir en todos los programas divulgativos sobre la fiducia.

Por último, si fiducia significa confianza se me ocurre que podría ser una especie de motivación permanente para decir que confianza, ante todo, es creer en nosotros mismos, en nuestra capacidad creativa, en nuestra imaginación y en que la experiencia de estos años nos prueba, sin lugar a dudas, que es posible realizarla en Colombia.

La doctora Clemencia Inés Restrepo terminaba su brillante exposición con un simpático cuento en el que, seguramente tomado de otros tiempos, nos decía que una niña de 19 años nada sabía y un anciano que con ella se casaba todo lo había olvidado.

A mi se me ocurre que nuestra actividad fiduciaria podría compararse quizás a una muchacha de la misma edad, pero en nuestros días, que todo lo sabe sobre la vida, que ha hecho ya algunas cosas pero a quien, felizmente, le quedan muchas y muy importantes por hacer. Muchas gracias.