

Los “Derechos Fiduciarios” a la luz de la Teoría General del Derecho

The "Fiduciary Rigths" trough the lens of the General Theory of Law

María Camila Salazar Arias¹

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

¹ Estudiante de pregrado de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Práctica corporativa realizada en Bancolombia S.A. mcamilasalazararias@gmail.com

LOS “DERECHOS FIDUCIARIOS” A LA LUZ DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

RESUMEN:

Los “derechos fiduciarios”, entendidos como el producto intangible del contrato de fiducia mercantil, deben ser analizados desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, con el propósito de lograr una definición precisa desde su naturaleza, en oposición a la definición que ha propuesto, irresponsablemente, la práctica jurídica.

El objetivo principal del análisis propuesto, es determinar, en primer lugar, la ubicación del “derecho fiduciario”, en el género de situación jurídica de ventaja, según lo dispuesto por la Teoría General del Derecho; específicamente por los Conceptos Jurídicos Fundamentales, determinados por esta; en segundo lugar, la determinación de esa situación jurídica de ventaja, en una de las especies de ese género; y en tercer lugar, demostrar la relevancia de la Teoría General del Derecho, en virtud de su universalidad, en relación con un tema tan común y práctico, como el resultado del contrato de fiducia mercantil; esto es, los “derechos fiduciarios”.

Una vez logrado el objetivo principal, resulta más simple la aproximación al concepto de la situación jurídica de ventaja resultante del contrato de fiducia mercantil, principalmente, en dos sentidos, uno práctico y uno técnico. En el sentido práctico, en tanto conocer la naturaleza del concepto, implica la posibilidad de prever y determinar las consecuencias derivadas del ejercicio de esa situación jurídica de ventaja específica, y en el sentido técnico, en tanto conocer la naturaleza del concepto, implica rigurosidad en el lenguaje usado para referirse, no solo a la definición de esa situación jurídica de ventaja, sino a las consecuencias que nacen a partir de ella.

PALABRAS CLAVE: Derechos fiduciarios, fiducia mercantil, Teoría General del Derecho, privilegio, Conceptos Jurídicos Fundamentales

THE "TRUST RIGHTS" THROUGH THE LENS OF THE GENERAL THEORY OF LAW

ABSTRACT:

"Trust rights", defined as the intangible product of the commercial trust agreement, must be analyzed from the perspective of the General Theory of Law, in order to achieve a precise definition from its nature, in opposition to the definition proposed, irresponsibly, by legal practice. The main objective of this analysis is to determine, first, the location of the "trust right" as a legal status of advantage, according to the General Theory of Law; specifically to the Fundamental Legal Concepts; secondly, to determine the species to which that legal status of advantage belongs; and thirdly, to demonstrate the relevance of the General Theory of Law, by virtue of its universality, related to a common and practical issue, as the result of commercial trust agreement; which are "trust rights".

Having achieved the main objective, the approach to the concept of the legal status of advantage product of the commercial trust contract, turns simpler, mainly, in two ways, one practical and one technician. In a practical sense, while knowing the nature of the concept implies the possibility of predicting and determining the consequences of exercising a specific legal status of advantage, and in the technical sense, while knowing the nature of the concept, involves using rigorous language to refer not only to the definition of the legal status of advantage, but the consequences that arise from it.

KEYWORDS:

Trust rights, comercial trust, General Theory of Law, privilege, Fundamental Legal Concepts

INTRODUCCIÓN

Al realizar la práctica corporativa en el área jurídica inmobiliaria de Bancolombia S.A., tuve la oportunidad de estar en contacto permanente con el giro ordinario de una compañía que tiene la participación más alta en el panorama financiero del país; por lo tanto, funge de intermediador financiero en múltiples operaciones comerciales, entre ellas, las inmobiliarias. A partir de lo anterior, encontré en el contrato de fiducia mercantil, un instrumento, no solo jurídico, sino también financiero, para desarrollar múltiples operaciones, principalmente, inmobiliarias.

Así, el primer contacto práctico con los contratos de fiducia mercantil, lo tuve, precisamente, durante la práctica corporativa, en donde una de mis funciones principales consistía en revisar, y en ocasiones, estructurar, los contratos de fiducia de los que hacían parte las compañías constructoras, constituidos con el propósito de desarrollar diferentes operaciones inmobiliarias.

Esta experiencia me permitió dimensionar las situaciones que se presentan en el desarrollo del contrato de fiducia mercantil, y a su vez, pude analizar la naturaleza jurídica de las prestaciones que surgen a partir de ese contrato, desde la perspectiva de un tema que siempre he sentido cercano: la Teoría General del Derecho.

Es usual encontrar en la jurisprudencia y en una parte de la doctrina, una tendencia a obviar los conceptos básicos del derecho; es decir, los contenidos comunes que posibilitan determinar la naturaleza de los diferentes fenómenos, que se presentan en la realidad jurídica, con el propósito de otorgarles el tratamiento adecuado en la práctica, con el rigor que exige esta profesión. Esa tendencia no es más que perjudicial para la práctica jurídica, como quiera que le resta valor al ejercicio profesional y puede conducir a concepciones erróneas, que constituyen solo el primero de una cadena de errores, interminable. Así, abordar los fenómenos jurídicos con precisión conceptual, no es más que la manifestación adecuada de la técnica jurídica, en tanto los conceptos son los instrumentos mentales que

posibilitan ordenar las imágenes con las que relacionamos los objetos; por lo tanto, mientras más preciso sea el concepto, más preciso será el objeto al que pretendemos referirnos.

Finalmente, el propósito de este análisis consiste en dar una luz sobre un tema que poco ha sido analizado, al determinar el tratamiento adecuado de un fenómeno jurídico denominado “derecho fiduciario”, a partir de la conceptualización precisa del mismo y a su vez, analizar las consecuencias de esa conceptualización.

Este artículo pretende, a través del método deductivo; es decir, a partir de una premisa universal, como lo es la Teoría General de Derecho, obtener conclusiones particulares en relación a un fenómeno jurídico específico: los derechos fiduciarios. Para el efecto, en un primer momento se analizarán los Conceptos Jurídicos Fundamentales estudiados por la Teoría General del Derecho; luego, se analizará el contrato de fiducia mercantil y sus características, a la luz de esos conceptos expuestos inicialmente, para, posteriormente, determinar la naturaleza jurídica de los derechos fiduciarios. Por último, se concluirá el tratamiento adecuado para ese fenómeno jurídico, a partir de la definición obtenida.

1. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

La Teoría General del Derecho (TGD) es una de las tres disciplinas que conforman la *Filosofía del Derecho*. Tal como lo afirma Del Vecchio (1960) “La filosofía del derecho es la disciplina que define el Derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón” (p.).

La Filosofía del Derecho comprende múltiples conceptos que explican el derecho en todas sus dimensiones; la ontológica, la histórica y la deontológica, a través de tres disciplinas, la TGD, encargada de la dimensión ontológica; la Historia del Derecho, encargada de la dimensión histórica; y la Filosofía Jurídica en sentido estricto, también denominada Estimativa Jurídica, encargada de la dimensión deontológica del derecho.

La TGD, encargada de la dimensión ontológica del derecho, se ocupa de estudiar dos grandes objetos a través del método descriptivo: el concepto de derecho y los conceptos jurídicos fundamentales. A partir de esta definición, podemos afirmar que la TGD hace parte también de la Ciencia del Derecho, en tanto a esta última la comprenden un conjunto de conceptos que se ocupan de describir y explicar el derecho, como objeto que hace parte de la realidad, de ahí que el lenguaje de TGD, sea el mismo de la Ciencia del Derecho, descriptivo y explicativo.

“(…) Desde esta perspectiva, la TD es una parte de la FD: aquella que estudia el concepto de derecho y, a la vez, inevitablemente, algunos conceptos intrínsecamente relacionados con él (norma, ordenamiento, validez, etcétera)” (Guastini, 1999, p.16).

A partir de lo anterior, una parte de la doctrina, liderada por Riccardo Guastini, ha reclasificado la Ciencia del Derecho en tres niveles, en función del grado de generalidad de los conceptos que cada uno contiene, así:

El primer nivel, conformado por la TGD, está compuesto por conceptos más generales que los conceptos de los otros dos niveles, por lo que ha sido denominada Teoría General del Derecho en sentido abstracto. En este sentido, la TGD se ocupa de estudiar aquello que es formal, estructural y constante en cualquier derecho existente posible; es decir, los conceptos propios de la TGD son comunes a todos los derechos positivos existentes y posibles; por esta razón su contenido es invariable; de ahí que se denominen Conceptos Jurídicos Fundamentales.

Se puede hablar de teoría “general” en sentido fuerte, en el sentido de teoría “universal”, para designar la búsqueda de conceptos susceptibles de ser empleados para describir cualquier sistema jurídico o bien instituciones comunes a todos los ordenamientos (sin distinción de espacio ni de tiempo). Esta forma de usar el término “general” (...) presupone la idea – engañosa – de que todos los sistemas jurídicos comparten caracteres comunes necesarios (...) (Guastini, 1960, p. 22).

El segundo nivel, conformado por las Teorías Generales Particulares, está compuesto por conceptos más específicos, en tanto se ocupan de estudiar conceptos comunes a una misma rama del derecho, de cualquier ordenamiento; por ejemplo, la teoría del negocio jurídico y la teoría del acto de comercio, son teorías generales particulares del derecho mercantil. En este sentido, los contenidos de estos conceptos, pueden variar, en función de nuevas propuestas teóricas. Este segundo nivel, ha sido denominado por Guastini como *teoría general en sentido débil*.

(...) se puede hablar de teoría “general” en sentido débil, en el sentido de teoría “transordinamental”, para designar la búsqueda de los conceptos susceptibles de ser usados para describir no ya todos los sistemas jurídicos presentes, pasados y futuros, sino, más modestamente, una serie circunscrita de ordenamientos (coetáneos) que presentan características

comunes. Así entendida, la TD desemboca en la comparación jurídica. (Guastini, 1960, p. 23)

El tercer nivel, conformado por las Dogmáticas Jurídicas, está compuesto por conceptos aún más específicos encargados de explicar y estudiar un derecho positivo particular y concreto, por lo tanto, sus contenidos son, por regla general, variables, debido a la regulación legislativa y jurisprudencial de cada Estado. Este tercer nivel, ha sido denominado por Guastini como *teoría general en sentido debilísimo*.

(...) se puede hablar de teoría “general” en sentido debilísimo, en el sentido de teoría “transectorial”, para designar el análisis de los conceptos y de los principios comunes a los diversos sectores de un mismo ordenamiento (...). Por ejemplo, la noción de compraventa es específica del derecho civil y, por lo tanto, no es una noción teórico-general. En cambio, nociones como validez, obligación jurídica o derecho subjetivo son comunes a todos los sectores del derecho y, por tanto, son objetos apropiados para la investigación teórico-general. (Guastini, 1960, p. 23).

Sobra aclarar que, el conocimiento de cada nivel, supone el conocimiento del nivel inmediatamente anterior, en función de la generalidad de sus conceptos.

1.1. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO EN SENTIDO ABSTRACTO

Como ya fue expuesto, la TGD se ocupa del estudio de dos objetos, del concepto de derecho y de los Conceptos Jurídicos Fundamentales.

Del concepto de derecho podemos decir que se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta humana en un lugar y en un momento determinado

Por su parte, los Conceptos Jurídicos Fundamentales son formas, o estructuras, constantes y comunes a todos los derechos positivos existentes, independientes del contenido que a esas formas o estructuras, les asigne cada derecho positivo particular.

Desde la teoría de los Conceptos Jurídicos Fundamentales, propuesta por Hohfeld W., la relación tradicional conformada por *derecho subjetivo – obligación*, resulta insuficiente para explicar las distintas posiciones jurídicas, de ventaja y desventaja, que se pueden ocupar al hacer parte de una relación jurídica, entendiéndose por relación jurídica un conflicto de intereses regulado por el derecho.

Uno de los obstáculos mayores a la comprensión clara, enunciación aguda y solución verdadera de los problemas jurídicos, surge con frecuencia de la suposición expresa o tácita de que todas las relaciones jurídicas pueden ser reducidas a “derechos” (subjetivos) y “deberes”, y de que estas últimas categorías son, por lo tanto, adecuadas para analizar los intereses jurídicos más complicados (...) (Hohfeld, 1968, p.47).

Atendiendo precisamente a esa insuficiencia, y con el propósito de demostrar la frecuencia con la que se confunden los contenidos de la alocución *derecho*, vale la pena citar a Bobbio:

(...) Una relación jurídica es una relación entre dos sujetos, de los cuales, el sujeto activo es titular de un derecho, y el otro, el sujeto pasivo, es

titular de un deber o de una obligación. La relación jurídica es, en otras palabras, una relación derecho-deber. (Bobbio, 1993, p. 17).

Esa afirmación de Bobbio, demuestra que la relación jurídica se ha entendido, en muchas ocasiones, circunscrita al binomio *derecho-obligación*; aunque el autor en realidad se haya referido a la alocución *derecho* como *el poder de cumplir una determinada acción*; es decir, como una potestad, según lo veremos más adelante.

(...) Entonces, ¿Qué significa tener un derecho? Significa, como veremos más adelante, tener el poder de cumplir una determinada acción. (...) La relación jurídica, como relación de derecho-deber, presupone siempre dos reglas de conducta de las cuales, la primera atribuye un poder y la segunda un deber. (Bobbio, 1993, 18).

En mi opinión, en enunciados del tipo ‘Tengo derecho a decir lo que pienso’, ‘todos tienen derecho a un trato igual’ y similares, el vocablo “derecho” designa una pretensión justificada. En general, en todas sus ocurrencias, el término ‘derecho’ –usado en la segunda acepción, es decir, en sentido subjetivo- puede ser sustituido sin pérdida de significado por la expresión ‘pretensión justificada’. (Guastini, 1999, p. 16).

Además del binomio *derecho subjetivo – obligación*, encontramos otros que perfectamente pueden explicar la configuración jurídica de otras relaciones: *privilegio – no derecho, potestad – sujeción, e inmunidad – incompetencia*.

La aclaración es importante porque se ha usado la expresión derecho en una forma aislada al verdadero significado que pretendemos expresar; es decir, se ha usado el término derecho, como un sinónimo de los demás conceptos que configuran situaciones jurídicas de ventaja.

Así, mientras derecho es la facultad de exigirle a otra persona, una determinada conducta, de dar, hacer o no hacer; privilegio, es la posibilidad de determinar la conducta propia.

Una “libertad” considerada en cuanto relación jurídica [o “derecho (subjetivo) en el sentido impreciso y genérico de esta palabra], tiene que significar, si ha de poseer algún contenido definido, precisamente la misma cosa que privilegio. (...) es igualmente claro, tal como ya se indicó, que ese privilegio o libertad para tratar con otros a voluntad podría muy concebiblemente existir sin que hubiera derecho concomitante alguno contra los terceros respecto de ciertos tipos de interferencia. (Hohfeld, 1968, p. 59).

Ahora, la potestad también configura una situación jurídica de ventaja, consistente en la capacidad de crear normas jurídicas e imponer y ejecutar sus consecuencias.

Un cambio en una determinada relación jurídica puede resultar: (1) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes, que no están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos; o (2) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes que están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos. En relación con la segunda clase de casos, se puede decir que, la persona (o personas) cuyo contralor es decisivo tiene la potestad (jurídica) de efectuar el particular cambio en la relación jurídica en juego. (Hohfeld, 1968, p. 72).

Finalmente, la inmunidad también es otra especie de situación jurídica de ventaja en tanto es un estado de no sujeción, o de no sometimiento, al ejercicio de una potestad.

“(…) una inmunidad es la libertad de una persona, frente a la potestad jurídica o ‘contralo’ jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica” (Hohfeld, 1968, p. 88).

Por su parte, las situaciones jurídicas de desventaja, no siempre están formadas a partir del padecimiento de una obligación, sino también a partir de la no titularidad de un derecho, o de la sujeción al ejercicio de una potestad, o de la incompetencia para el ejercicio de una potestad determinada.

De acuerdo a lo anterior, siempre que una persona es titular de un derecho subjetivo, correlativamente, otra persona soporta un deber u obligación; siempre que una persona es titular de un privilegio, correlativamente, ninguna otra persona tiene el derecho de exigir que ejerza o que se abstenga de ejercer ese privilegio; siempre que una persona es titular de una potestad, correlativamente, otra persona se halla sujeta al ejercicio de esa potestad; y siempre que una persona goza de una inmunidad, correlativamente, otra persona es incompetente para ejercer respecto de ella una potestad.

El único correlativo lógicamente implicado por los privilegios o libertades en cuestión está constituido por los ‘no-derechos’ de los ‘terceros’. En consecuencia, sería un non sequitur concluir que de la mera existencia de tales libertades se sigue que los ‘terceros’ están sometidos a un deber de no interferir, etcétera. (Hohfeld, 1968, p. 60).

2. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

Desde la perspectiva del Código Civil, la fiducia se ha entendido como una modalidad de la propiedad. Por su parte, desde la perspectiva del Código de Comercio, y en general, del derecho mercantil.

Así, desde esta última perspectiva, la que nos interesa para el desarrollo del análisis objeto de este artículo, la fiducia mercantil es sujeto de dos regulaciones principales, en Colombia, la Ley 45 de 1923, conocida como la Ley de Bancos, que le permitió a los bancos celebrar negocios fiduciarios, y el Código de Comercio de 1971, que introdujo el contrato de fiducia mercantil. Vale aclarar que los negocios fiduciarios de los bancos, no se identifican plenamente con el contrato de fiducia mercantil del Código de Comercio, en tanto los encargos fiduciarios de los bancos, no conforman patrimonio autónomo, mientras que el contrato de fiducia mercantil sí.

Al expedirse el Código de Comercio, por virtud de su artículo 1226 se definió el Contrato de Fiducia y se creó la Sociedad Fiduciaria. También se autorizó de manera expresa a tal sociedad y a los establecimientos de crédito, con autorización de la Superintendencia, para tener la calidad de fiduciarios. A partir de entonces, como los demás encargos de confianza de que habla la ley 45 de 1923 por tradición y costumbre se consideraban también fiducia, las sociedades Fiduciarias recibieron autorización para realizar algunos de tales encargos (...). (Oviedo, 1991, p. 179).

El origen de la fiducia mercantil, como la conocemos hoy, se remite a la Roma Antigua, con el *fideicommissum* - compromiso o encargo de confianza -, que consagraba la posibilidad, a favor del testador, de hacer efectiva su última voluntad a través de la transferencia de sus bienes, vía testamentaria, a favor de una persona capaz, con el propósito de que esta los destinara al beneficio de terceras personas –incapaces- y de que, eventualmente, en la medida de lo posible, las transfiriera en favor de estas.

Posteriormente, surge el *pactum fiduciae*, como acto entre vivos en virtud del cual el adquirente contraía la obligación de transferir los bienes, dadas determinadas condiciones

“A diferencia del *fideicommissum*, que consistía en una transmisión por causa de muerte, el *pactum fiduciae* implicó un acuerdo entre vivos con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias” (Rodríguez-Azuero, 2007, p.10).

A su vez, el *pactum fiduciae*, da lugar a dos figuras, la *fiduciae cum amico*, utilizada para ejercer actos de administración y enajenación respecto de los bienes del fiduciante, y la *fiduciae cum creditore*, utilizada para transmitir la propiedad y restituirla, una vez ocurriera una condición. La *fiducia cum creditore* es el antecedente inmediato de lo que hoy conocemos como fiducia en garantía.

En Colombia, la fiducia mercantil se encuentra definida en el Artículo 1226 del Código de Comercio:

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 este 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 autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios. (Código de Comercio, 1971, artículo 1226).

A partir de esa definición, podemos estructurar el contrato de fiducia mercantil como un contrato de colaboración, plurilateral, oneroso y de ejecución sucesiva. Se trata de un negocio jurídico celebrado entre el fideicomitente, también denominado constituyente, y una sociedad fiduciaria, en el que el fideicomitente aporta bienes,

para la creación de un patrimonio autónomo, administrado por la sociedad fiduciaria, con el propósito de cumplir una finalidad específica. Adicionalmente, se nombra un beneficiario de esa finalidad, que puede ser el mismo fideicomitente, pero nunca la sociedad fiduciaria, en virtud del Artículo 1244 del Código de Comercio.

La función económica del contrato de fiducia mercantil, es la conformación de un patrimonio autónomo, comprendido por los bienes fideicomitidos, administrado por una entidad financiera (sociedad fiduciaria), vigilada por el Estado.

En un principio, el contrato de fiducia mercantil era solemne, en tanto tenía que celebrarse por escritura pública, sin considerar la naturaleza de los bienes fideicomitidos, según lo dispuesto en el Artículo 1228 del Código de Comercio. Posteriormente, el Decreto 847 de 1993 (Estatuto Financiero) estipuló la solemnidad de escritura pública, en función de la naturaleza de los bienes; es decir, será necesaria, siempre que los bienes fideicomitidos estén sujetos a registro.

Ahora, teniendo en cuenta que la norma se copia de regímenes que no consagran la teoría del título y el modo, se hace necesario adaptarla a nuestro sistema jurídico; por lo tanto, una cosa es el contrato de fiducia mercantil, esto es, el título, que deberá celebrarse por escritura pública cuando se trate de bienes inmuebles, o por documento privado cuando se trate de bienes muebles, y otra el modo, que es la tradición. En todo caso, la transferencia de los bienes fideicomitidos, se efectúa a título de fiducia.

Así, la propiedad fiduciaria consiste en que la sociedad fiduciaria es la titular de un derecho respecto a un bien fideicomitado, que le permite hacer todo aquello que la finalidad de la fiducia consagre. La potestad que tiene la fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos es plena, dentro del marco de la finalidad del objeto del contrato de fiducia, y todo acto que traspase el límite trazado por el objeto del contrato, será nulo.

En contraprestación a los bienes fideicomitidos, así como la sociedad fiduciaria recibe el derecho real de dominio sobre el patrimonio autónomo, el fideicomitente y el beneficiario, reciben lo que se ha denominado “derechos fiduciarios”, entendidos como derechos patrimoniales; es decir, susceptibles de valoración económica, en función del valor de los bienes fideicomitidos. En virtud de los derechos fiduciarios, el fideicomitente y beneficiario, participan del fideicomiso, y pueden disponer de ellos, enajenarlo a cualquier título, e incluso gravarlos.

(...) en la fiducia mercantil, el constituyente, fiduciante o fideicomitente, quien como titular del dominio de uno o más bienes lo transfiere para conformar un patrimonio autónomo destinado a una finalidad fiduciaria en su provecho o en el de un tercero beneficiario y, el fiduciario, quien en calidad de titular del interés sobre los servicios fiduciarios, adquiere la propiedad fiduciaria para aplicarla a los fines señalados, son los titulares de los intereses dispositivo. El beneficiario o fideicomisario, cuando por disposición autónoma del constituyente se determina la finalidad fiduciaria en su provecho, por la definición iuris de la categoría legis de la fiducia mercantil, su función práctica o económica social y expresa disposición legal (artículo 1226 del Código de Comercio), es un tercero, cuyos derechos son exclusivamente los de su posición, situación o calidad, y no deja de serlo, aún si las partes lo denominan de forma diferente, ni se convierte en parte del contrato por la aceptación del beneficio pactado (...). (Namén Vargas, 2009, p.15).

Los bienes fideicomitidos, conforman un patrimonio autónomo; es decir, los bienes fideicomitidos se separan del patrimonio, tanto del fideicomitente, como del de la sociedad fiduciaria; por lo tanto, esta última, como titular del patrimonio autónomo, es el sujeto de demandas y actuaciones procesales, tanto por activa como por pasiva.

En virtud de esa separación patrimonial, los acreedores de la sociedad fiduciaria no pueden perseguir los bienes fideicomitidos, y en principio, los

acreedores del fideicomitente, tampoco pueden hacerlo; por su parte, los acreedores del beneficiario solo pueden perseguir sus derechos fiduciarios, que bien podrían estar representados en rendimientos o utilidades, de acuerdo a la estructura del contrato de fiducia mercantil en particular.

Si bien lo anterior constituye la regla general en virtud de la separación patrimonial, el Artículo 1238 del Código de Comercio excepciona la autonomía patrimonial en relación al fideicomitente, cuando las acreencias sean anteriores a la constitución del fideicomiso.

En cuanto a la responsabilidad de la sociedad fiduciaria, el Artículo 1243 del Código de Comercio se refiere a que las fiduciarias responden hasta culpa leve; es decir, deben emplear una diligencia mediana en el cumplimiento de su gestión. Lo anterior no es del todo preciso, pues la diligencia debe ser la máxima en virtud de la *lex artis*; es decir, la norma debe interpretarse considerando el contexto económico en el que se celebran los contratos de fiducia mercantil.

Finalmente, la versatilidad del contrato de fiducia mercantil permite que su estructura sea utilizada con varias finalidades, como la fiducia en garantía, o la fiducia como instrumento para la titularización de activos, o la fiducia inmobiliaria.

3. DERECHOS FIDUCIARIOS DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Una vez establecidos los conceptos, tanto de la TGD, como del contrato de fiducia mercantil, vale la pena analizar si en realidad el derecho fiduciario, entendido como la participación del fideicomitente y del beneficiario en el contrato de fiducia mercantil, es un derecho subjetivo, en sentido estricto, o es uno de los otros conceptos que configuran situaciones jurídicas de ventaja.

En ese orden de ideas, tenemos que partir de dos supuestos, en primer lugar, el derecho fiduciario como tal, y en segundo lugar el derecho real de dominio en virtud del cual el fideicomitente y el beneficiario ejercen la titularidad de ese derecho fiduciario, en tanto pueden usarlo, gozar y disponer de él.

Ahora bien, el fideicomiso, como negocio o acto jurídico, puede dar nacimiento a una propiedad fiduciaria o a un dominio fiduciario, según sea la naturaleza del bien fideicomitado. En tal sentido, decimos que el fideicomiso de origen contractual o testamentario es el título causal de la propiedad o del dominio fiduciario, según sea el caso. (Tranchini de Di Marco, 1998, P. 69).

3.1. SITUACIÓN JURÍDICA DE VENTAJA CONSTITUTIVA DE DERECHOS FIDUCIARIOS

El análisis propuesto pretende determinar si la situación jurídica de ventaja constitutiva de derechos fiduciarios, es, en efecto, un derecho subjetivo, y por lo tanto, la situación jurídica de desventaja correlativa, es una obligación; o, si por el contrario, se trata de una situación jurídica de ventaja distinta al derecho subjetivo.

Partiendo de la concepción de derecho fiduciario como un derecho subjetivo, tendríamos que afirmar que el titular del mismo; esto es, el fideicomitente o el beneficiario, tendría la facultad de exigir determinada conducta, bien sea de dar, hacer o no hacer, al sujeto que soporte la correlativa situación jurídica de desventaja; es decir, la obligación. Además, partiendo de este supuesto, también

es del resorte de este análisis determinar quién ocupa la situación jurídica de desventaja.

Incluso, en la doctrina, seguimos encontrando la confusión entre derecho subjetivo y facultad, tal como lo demuestra la afirmación de Cuello Iriarte (1992) “(...) También es un derecho subjetivo, puesto que conlleva un poder o facultad de goce, cuyo ejercicio corresponde a la iniciativa de sus titulares y está protegido por el ordenamiento jurídico” (p. 403).

Así, en este supuesto, el fideicomitente y el beneficiario, al ostentar la titularidad jurídica del derecho fiduciario, tendrían el derecho subjetivo en sentido estricto, de exigirle a la sociedad fiduciaria una determinada conducta; sin embargo, esa exigencia estaría delimitada por el contenido del contrato de fiducia mercantil; es decir, no sería un derecho subjetivo absoluto, en tanto el contrato de fiducia mercantil contiene las condiciones que enmarcan el negocio jurídico de fiducia, y por lo tanto, el ámbito de ejercicio del derecho subjetivo.

Esa definición de derecho fiduciario como derecho subjetivo parece insuficiente en virtud del límite que representa el contrato de fiducia mercantil. Por su parte, si enmarcamos el derecho fiduciario como la manifestación de otra situación jurídica de ventaja, como la potestad privada, el contrato de fiducia mercantil no representaría un límite, sino el marco del ejercicio de esa potestad.

Podemos concluir entonces que el derecho fiduciario efectivamente implica el ejercicio, o mejor, la ocupación de una situación jurídica de ventaja, pero no de un derecho subjetivo en sentido estricto como su denominación parece sugerirlo, sino de una potestad privada, entendida como la capacidad, conferida por el derecho positivo, que tienen los particulares, para en cierto ámbito, más o menos amplio –dependiendo del modelo de Estado-, normar sus propias relaciones jurídicas; es decir, para crear normas particulares y concretas.

Correlativamente a esa posición jurídica de ventaja denominada potestad, la sociedad fiduciaria ocupa la posición jurídica de desventaja, que para el caso concreto, corresponde a una sujeción; es decir, la sociedad fiduciaria está sujeta al ejercicio de la potestad por parte de sus titulares, enmarcada en el contrato de fiducia mercantil celebrado. De ahí, que la sociedad fiduciaria, en calidad de administradora del patrimonio autónomo, solo pueda hacer lo que le está expresamente permitido en el contrato.

3.2. SITUACIÓN JURÍDICA DE VENTAJA CONSTITUTIVA DEL DERECHO REAL DE DOMINIO EJERCIDO SOBRE EL DERECHO FIDUCIARIO

Ahora, en relación al derecho real de dominio, en virtud del cual, el fideicomitente o el beneficiario, pueden hacer uso de la potestad descrita en el numeral anterior, sí vale aclarar que tampoco es una situación jurídica de ventaja constitutiva de un derecho subjetivo, sino de un privilegio.

Lo anterior es así, teniendo en cuenta la posibilidad que tienen el fideicomitente y el beneficiario, de usar, gozar y disponer del “derecho fiduciario”. Esa posibilidad no consiste en exigir una determinada conducta (derecho subjetivo), sino en determinar la propia; es decir, el fideicomitente y el beneficiario tienen una libertad, reconocida y protegida por el derecho, de escoger entre diversas posibilidades conductuales o comportamentales respecto del derecho fiduciario, entre ellas, pueden gravarlo, e incluso enajenarlo.

Así, el derecho real de dominio se entiende absoluto, en la medida en que el bien sobre el que recae el derecho se encuentra sometido, de manera absoluta, a la voluntad del sujeto activo del derecho; es decir, el dueño, puede ejercitar sobre la cosa, en este caso, sobre los derechos fiduciarios, todas las facultades posibles con un poder soberano para usar, gozar y disponer de ellos a su arbitrio, sin que nadie pueda impedirlo.

Correlativamente a esa situación jurídica de ventaja denominada privilegio, ninguna otra persona tiene el derecho de exigir el ejercicio o la abstención del privilegio; es decir, para el caso concreto, ninguna persona tiene el derecho de exigirle a los propietarios, una conducta determinada (uso, goce o disposición) en relación con los derechos fiduciarios, esto es, en relación con los bienes sobre los que recae el privilegio de dominio.

4. CONCLUSIONES

Se puede apreciar entonces que a través de lo expuesto, la naturaleza de la situación jurídica de ventaja, comúnmente denominada “Derecho Fiduciario”, es, en realidad, la manifestación del ejercicio de una potestad privada, de acuerdo a la teoría de los Conceptos Jurídicos Fundamentales, expuesta por Hohfeld W.

Adicionalmente, esa afirmación, implica que la sociedad fiduciaria ocupa una situación jurídica de desventaja de sujeción, en tanto está sujeta al ejercicio de la potestad fiduciaria, por parte de sus titulares (fideicomitente y beneficiario).

Finalmente, el análisis no solo aplica para el derecho fiduciario, sino que además se extiende al derecho real de dominio del que son titulares el fideicomitente y el beneficiario, en relación al “Derecho Fiduciario”, que como vimos, tampoco es un derecho subjetivo en sentido estricto, sino que comporta un privilegio, y correlativamente un no derecho.

REFERENCIAS

- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. (2013). *Contratos Mercantiles. Contratos contemporáneos*. Bogotá, Colombia. Legis.
- Bobbio, Norberto. (1993). *Teoría General del Derecho*. Madrid, España. Debate.
- Código de Comercio Colombiano.
- Corte Suprema de Justicia (2009). Sala de Casación Civil. Sentencia con referencia de expediente 11001-3103-039-2000-00310-01. Bogotá. MP. William Namén Vargas.
- Cuello Iriarte, G. (1992). De la Fiducia Mercantil: Naturaleza Jurídica y Especies. *Universitas*, 83, 403 – 410.
- Del Vecchio, Giorgio. (1960). *Filosofía del Derecho*. Barcelona, España. Bosch.
- Guastini, Riccardo. (1999). *Distinguiendo*. Barcelona, España. Gedisa Editorial.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. (2004). *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. México D.F., México. Distribuciones Fontamara.
- Oviedo Arbeláez, A. (1991). El Concepto de Fiducia y su contenido y alcance en la legislación y la doctrina colombianas. *Universitas*, 81, 173 – 185.
- Tranchini de Di Marco, M. (1998). Fideicomiso: el contrato, la propiedad y el dominio fiduciario. *Revista Notarial*, 929, 65 – 100.
- Rodríguez-Azuero, S. (2007). El Fideicomiso Mercantil Contemporáneo. *Icade*, 70, 7 – 55.