

**LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO Y SU IMPLEMENTACIÓN EN
COLOMBIA**

MARGARITA MARIA VALDERRAMA LONDOÑO

UNIVERSIDAD DE MEDELLIN

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLIN

2011

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	4
1. LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	8
2. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LAS SOCIEDADES	13
3. HISTORIA DE LAS FUNDACIONES, SU NATURALEZA, FINES Y MEDIOS CON QUE LOGRAN SUS FINALIDADES	14
4. LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y SU RELACIÓN CON LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO	19
5. ASPECTOS NORMATIVOS, SOCIALES Y ECONÓMICOS QUE HACEN VIABLE LA PRESENCIA DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO EN COLOMBIA	24
6. ASPECTOS NORMATIVOS DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO	26
6.1 ASPECTOS SOCIALES	28
6.2 ASPECTOS ECONÓMICOS	29
7. FIGURAS JURÍDICAS QUE PRESENTAN SIMILITUDES CON LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO	30
7.1 EL TRUST ANGLOSAJÓN	30
7.2 LA FIDUCIA MERCANTIL	35
7.2.1 Clases de Negocios Fiduciarios	37
7.2.1.1 Fiducia de Garantía	37
7.2.1.2 Fiducia Inmobiliaria	38
7.2.1.3 Fiducia de Inversión	38
7.2.1.4 Fiducia de Administración	38

8. INSTITUCIONES JURÍDICO-COLOMBIANAS QUE HACEN POSIBLE LA EXISTENCIA DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO; EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA AUTONOMÍA PRIVADA	40
9. VIABILIDAD Y POSIBLE IMPLEMENTACIÓN DE LAS FUNDACIONES DE INTERES PRIVADO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIA	42
10. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE CONSTITUIR FUNDACIONES DE INTERES PRIVADO EN COLOMBIA	45
BIBLIOGRAFÍA	46

INTRODUCCIÓN

Enmarcándose dentro de la temática del Derecho Comercial, en el presente trabajo se opta por abordar el estudio del Derecho Societario Colombiano, en relación con la implementación de las Fundaciones de Interés Privado en Colombia, a la vez que se pone de relieve la creciente importancia que la figura mencionada ha tenido en el Derecho Comercial contemporáneo. Todo lo anterior se desarrollará en el marco de un inevitable proceso de Globalización económica que de una u otra manera, permea todas las esferas del Poder Público y del Sector Privado.

Aunado a la importancia que de por sí representan los Tipos Societarios¹ en la legislación colombiana, un hecho de innegable trascendencia en el ámbito jurídico consiste en que uno de los campos más importantes en donde el Derecho proyecta sus efectos, es el patrimonial y a este respecto la constitución de las Fundaciones de Interés Privado lleva ínsita consecuencias patrimoniales considerables si se tiene en cuenta que su finalidad está en ser una herramienta de protección jurídica del patrimonio. No es extraño que el factor económico muchas veces resulta esencial para la efectividad de los fines que las diferentes ramas del derecho buscan, y tomando esto como premisa, resulta difícil hallar un campo jurídico en el cual la consideración patrimonial no tenga incidencia alguna².

¹ En el ordenamiento jurídico Colombiano han sido tradicionalmente cuatro (4) los tipos societarios existente; las Sociedades Anónimas, las Sociedades en Comandita, la Sociedad Colectiva y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, las cuales han sido recientemente adicionadas por la Ley 1258 de 2.008 que estatuye la presencia de las Sociedades por Acciones Simplificadas.

² Tanto es así que en campos como la Responsabilidad civil extracontractual existen los llamados perjuicios extrapatrimoniales o los daños de la “vida en relación” los cuales si bien no recaen sobre bienes susceptibles de valorarse pecuniariamente, en últimas, para resarcir de alguna manera el daño infligido, se hace necesario valorarlos o determinar su cuantía de alguna manera, y esta manera termina siendo la cuantificación monetaria.

Por lo demás, se abordarán y ubicarán las Fundaciones de Interés Privado tanto en el ámbito jurídico Colombiano, en el cual actualmente tienen cabida por la vía del reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras que las autoridades administrativas colombianas pueden otorgar con respecto a una Fundación de Interés Privado constituida en el exterior, como en el ámbito Jurídico Internacional, haciendo énfasis en su naturaleza jurídica, sus funciones y su ubicación en el ordenamiento jurídico, para lo cual se expondrán las diferentes clases de Personas Jurídicas de Derecho público y privado que existen en Colombia, con sus respectivas teorías fundamentadoras. Así mismo, se estudiará y analizará uno de los elementos más importantes y que la mayoría de las veces sirve como criterio diferenciador entre las distintas clases de Personas Jurídicas, como lo es el concepto de ánimo de lucro, al cual se le dedicará un acápite aparte, por último se vislumbrará si es viable y conveniente la implementación de las Fundaciones de Interés Privado en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Se encontrara que las Fundaciones de interés privado se presentan como una herramienta de Planeación patrimonial en cuanto permiten destinar parte del patrimonio de una persona natural o colectiva, a la constitución de una persona jurídica que va a actuar en beneficio del propio constituyente o de sus familiares, evitando que el patrimonio o los bienes de la Fundación sean perseguidos por acreedores o terceras personas que de no mediar la constitución de la Fundación de Interés Privado, podrían perseguir los bienes que se destinarían a ésta. Es gracias a que los bienes que se destinan a la Fundación de Interés Privado constituyen un patrimonio autónomo³ donde reside la posibilidad de que la Fundación de Interés Privado cumpla con sus finalidades y sus bienes se sustraigan de la posibilidad de ser perseguidos, embargados o secuestrados.

³ Si bien los Patrimonios Autónomos no alcanzan el rango de ser personas jurídicas, son creaciones legales que permiten separarlos de los bienes del constituyente, de tal manera que una vez destinados a una finalidad específica, quedan afectos a cumplir exclusivamente con dicha finalidad.

Llegaremos lógicamente a la conclusión de que quienes erróneamente equiparan la ausencia de ánimo de lucro con la prohibición de celebrar actos de comercio y obtener recursos económicos que les permitan, a las Fundaciones, solventar sus gastos y necesidades, algo totalmente fuera de contexto, pues bien, parece ser paradójico pero en últimas no tiene nada de contradictorio el hecho de que una Fundación ejecute actos de comercio⁴ y obtenga ganancias, por la obvia razón de que alguna fuente de recursos debe tener para permanecer y conservar los medios económicos de que dispone, todo ello con miras a la consecución de los fines para los cuales ha sido creada. Así como las personas naturales pueden trabajar y lucrarse sin poseer necesariamente la calidad de comerciantes, las personas jurídicas, sin necesidad de ser Sociedades Comerciales, pueden perfectamente celebrar actos jurídicos de contenido patrimonial que les permita aumentar o al menos conservar su capital inicial. En este sentido lo más dilucidador es relacionar el término ánimo de lucro con el “reparto de utilidades”, para, a contrario sensu, entender qué significa y qué comprende el término “sin ánimo de lucro”.

De esta manera, y teniendo presente las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, del presente trabajo, se circunscribe en un contexto político, económico y social concreto, cual es la República de Colombia de inicios del siglo XXI, inmersa en un fenómeno globalizador que quiérase o no, también incide en lo jurídico, puesto que, en el mundo del Derecho, al igual que en el mundo de las artes, la política, y la economía, las tendencias y cambios experimentados por una de sus instituciones en un país dado, muchas veces conlleva influencias directas e indirectas en las instituciones de igual naturaleza presentes en otras latitudes.

⁴ Los cuales, evidentemente, deben ser Actos de Comercio aislados, en el sentido que no se pueden dedicarse profesionalmente y habitualmente a su ejecución.

Por último se considera lo atinente a si en Colombia es viable y conveniente que se legisle sobre las Fundaciones de Interés Privado, teniendo en cuenta que el Estatuto Tributario en su artículo 13 se refiere a ellas pero sólo con el objetivo de imponerle tributos, mas no hay, en el ordenamiento jurídico colombiano, una ley en sentido material que regule la institución foránea de la que se viene hablando.

Aquí se tiene en cuenta que en Colombia existe el reconocimiento de personas jurídicas extranjeras, al igual que el fuerte nexo que existe entre las Fundaciones de Interés Privado y el Régimen Sucesoral y las Donaciones en Colombia, para finalmente cerrar con las conclusiones obtenidas con la presente labor investigativa.

1. LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Así como las personas genéricamente consideradas se dividen en dos especies, a saber: Personas Naturales y Personas Jurídicas, las Personas Jurídicas se clasifican en de Derecho Público y Derecho Privado, distinción netamente jurídica que obedece a las consideraciones tenidas en cuenta por el legislador para adscribir determinada clase de personas jurídicas a ser regentadas por la Legislación Ius-Privatista, a la vez que a las Personas Jurídicas de Derecho Privado el ordenamiento jurídico les da la prerrogativa de ser reguladas por normas concernientes al funcionamiento del Estado, lo que constituye la rama del Derecho Público y a las cuales se les aplica disposiciones contenidas en la Constitución Política, el Código Contencioso Administrativo, entre otras de igual naturaleza.

En el marco de un Estado Social de Derecho como el Colombiano, que toma vida a partir de la Carta Política de 1991, abordar el tema de las personas jurídicas implica hacer referencia a la Sentencia T-476 de Julio 29 de 1.991 proferida por la Honorable Corte Constitucional y que trata sobre los Derechos Fundamentales de las personas jurídicas. Un aparte de la referida sentencia dice:

“El atributo de la personalidad jurídica de la persona moral”.

La condición de personalidad jurídica hace del hombre categoría de sujeto de derecho, no es un estatus exclusivo, la puede otorgar el Estado a otras realidades producto del ser humano en su tensión individuo-sociedad que genera el derecho a la libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad y tal como lo establece el artículo 38 de la Constitución Política, lógicamente, este derecho estará sometido a las condiciones que el ordenamiento jurídico exige para su otorgamiento.

Se observa en la cita transcrita que la personalidad jurídica, como atributo predicable tanto de la persona humana como de las personas colectivas, es una característica atribuida por el Derecho precisamente para que dichas realidades puedan actuar al interior del ordenamiento jurídico y ser sujetos de derechos y obligaciones.

Antes de proceder a señalar las principales clases de Personas Jurídicas de Derecho Público en Colombia, es necesario hacer las siguientes anotaciones:

1.1. La elaboración de la teoría de las personas jurídicas de Derecho Público tuvo un largo proceso de gestación, tal como lo señala el autorizado doctrinante italiano Francisco Ferrara, al sostener: “El concepto de persona jurídica se desarrolla en el tiempo del Imperio, y da ocasión para la constitución de los *–municipia–*. Se ha dicho que a las ciudades itálicas conquistadas y atraídas a la órbita del Estado romano se les otorgaba estatutos y se les concedía una especie de autonomía. Mas, por otra parte, Roma, al anular su existencia política, les dejaba la capacidad privada, las admitía a participar en el Derecho privado. Junto a las personas físicas se dibujas estos otros entes, personas jurídicas. Aquí comienza la elaboración de los jurisconsultos”⁵.

1.2. Así como la organización política llamada Estado tuvo su surgimiento a través de los años, pasando por las secuenciales etapas del Estado-Absolutista, el Estado-Gendarme, el Estado-Social, y el Estado Social de Derecho, así también el fundamento de su actividad tuvo consecuentemente varias fases. Si se entiende el concepto de Estado en su sentido estático, es decir, como organización jurídica de un territorio determinado, el concepto de personería jurídica no presta mayor ayuda puesto que en esta fase el Estado es un ente abstracto. En cambio si se mira la función administrativa del Estado en su sentido dinámico, es decir,

⁵ FERRARA, Francisco. Teoría de las Personas Jurídicas. Madrid. Ediciones Reus. P. 21.

actuando concretamente para satisfacer las necesidades de los asociados a través de la prestación de servicios públicos, se observa que la personalidad jurídica es la característica que le permite actuar en derecho, de tal manera que su voluntad va a expresarse a través de unos actos administrativos, que en todo van a estar sometidos a la Constitución Política y a la Ley.

1.3. Concomitante con el surgimiento de la Personalidad Jurídica de los entes públicos, surge la posibilidad de demandarlos judicialmente con base en hechos o actos antijurídicos, superando así la etapa en la cual el Estado era irresponsable. Hoy día existe una cláusula general de responsabilidad estatal en la Constitución Política de 1.991.

1.4. En el Derecho Público Moderno el concepto de persona jurídica presenta una importancia inusitada, ya que si antes la actividad estatal se limitaba a garantizar unas condiciones de vida mínimamente aceptable de los asociados, actualmente en pleno siglo XXI la actividad estatal se extiende a ámbitos completamente desconocidos en los siglos subsiguientes a la Revolución Francesa. A este respecto resultan esclarecedoras las palabras del tratadista uruguayo Enrique Sayagués Laso, al sostener: “En el derecho moderno hay consenso casi unánime acerca de que son sujetos de derecho no sólo los seres humanos, sino también ciertas asociaciones o instituciones que tienen fines propios a cumplir. Unos y otros son *personas* en el mundo del derecho: personas físicas, las primeras; personas colectivas, las segundas. Esa noción tiene importancia principalísima en derecho administrativo, ya que las distintas administraciones a las cuales se les reconoce calidad de sujetos de derecho, por su propia naturaleza tipifican personas colectivas. El concepto imperante en Francia bajo la reyecía, expresado con la frase del monarca: “El Estado soy yo”, no tiene cabida en el derecho moderno. Los sujetos titulares de las potestades administrativas son siempre personas colectivas, nunca personas físicas”.

1.5. De lo transcrito se infiere la razón del porqué muchas veces, aunque la Administración Pública delegue en particulares la prestación de ciertos servicios, estos y aquellas, en lo que atañe a las funciones públicas, continúan sometiéndose a los dictados del Derecho público.

Por último, y antes de proceder a caracterizar las personas jurídicas de Derecho Público, se señalaran los elementos esenciales que estos entes deben tener, los cuales son:

1. Autorización expedida por la autoridad pública, que puede estar contenida en la Ley o en un Acto Administrativo.
2. Un representante que actúe por ellas, ya que el titular de los derechos y de las obligaciones no es cada uno de los miembros que integran la colectividad, sino la persona moral de la colectividad que es una e indivisible.
3. La presencia de un patrimonio y de una capacidad propia, independiente de la de sus miembros.
4. Un fin que debe cumplir.
5. Al igual que las Personas Naturales, las Personas Jurídicas también poseen Derechos fundamentales, los cuales se encuentran consagrados en la Constitución Política de 1.991, tales como el derecho a un Nombre, a una Nacionalidad, a un Patrimonio, entre otros.

Ahora bien, comenzando por delimitar el campo concerniente a las personas jurídicas de derecho público, se encuentran las siguientes:

- **LOS ENTES POLÍTICOS:** La Nación, los Departamentos, las intendencias, las comisarías, el Distrito Capital de Bogotá y los municipios.
- **LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS:** Son organismos creados por la Ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del Derecho Público, y que reúnen las siguientes características: personería jurídica; autonomía administrativa, y patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones con destinación especial.
- **LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO:** Son organismos creados por la Ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: personería jurídica; autonomía administrativa, y capital independiente, constituido totalmente, con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones con destinación especial.
- **LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA:** Son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del Derecho privado, salvo las excepciones que consagre la Ley. Las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere igual o superior al 90% del capital social, se sujetan a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

2. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LAS SOCIEDADES

La razón de ser de las Sociedades Comerciales lo constituye la ordenación de las actividades económicas llevadas a cabo conjuntamente por dos o más personas, a efectos de establecer la extensión de sus derechos y los límites de las obligaciones adquiridas en desarrollo del objeto social de la empresa.

Reconociendo que en la realidad la gente une esfuerzos para la consecución de objetivos comunes, en este caso económicos, el legislador estatuye los diferentes tipos societarios para que los asociados, al momento de constituir una compañía, escojan el tipo social que mejor se adecúe a sus requerimientos, y de esta forma el Estado contribuye a que en el ejercicio de la actividad económica, se presenten menos conflictos de intereses entre las personas que hacen parte de una misma asociación empresarial.

De no existir las Sociedades Legales, serían interminables los conflictos que se suscitarían en el desenvolvimiento de las Sociedades de Hecho, las que serían las únicas sociedades conocidas en el ordenamiento mercantil. Por fortuna no es así, y quien vaya a constituir una Sociedad cuenta con las garantías que el Código de Comercio ofrece para cada tipo social, a la vez que se separa el patrimonio personal del patrimonio de la persona jurídica societaria, lo cual, llegado el caso, puede salvaguardar y proteger el patrimonio familiar.

3. HISTORIA DE LAS FUNDACIONES, SU NATURALEZA, FINES Y MEDIOS CON QUE LOGRAN SUS FINALIDADES

En razón a que las Fundaciones hacen parte de las Entidades sin ánimo de lucro, se hace necesario, antes de proceder a su caracterización, diferenciarlas respecto de las demás entidades sin ánimo de lucro que el ordenamiento jurídico colombiano contempla. Estas otras personas jurídicas sin ánimo de lucro son las Corporaciones y las Asociaciones. Respecto de las primeras, si bien ambas no persiguen fines de lucro, la diferencia está dada porque, mientras la Fundación persigue una finalidad de interés social o beneficio general, las Corporaciones no tienen, necesariamente, que buscar un objetivo de utilidad pública o social, sino ceñirse a lo que dispongan sus estatutos para quienes hacen parte de la Corporación.

Ahora bien, indagando por la aparición histórica de las Fundaciones, un antecedente importante en la génesis de dicha institución lo constituyen las prácticas caritativas establecidas por el Cristianismo en la Edad Media, época en la cual quienes no tenían con qué o dónde sobrevivir, suplían parte de sus necesidades gracias a las prácticas caritativas de las Iglesias y los particulares, quienes, impulsados por recompensas divinas gracias a sus buenas acciones en la vida terrena, no dudaban en hacer buenas obras con los menos favorecidos. Lo anterior queda más claro si se recuerda que para entonces, Siglos X al XVI, no existían Estados como los conocemos hoy día, de manera tal que no había un ente al cual “reclamarle” por el bienestar de los “súbditos” o de la gente con menos oportunidades, quienes quedaban a la deriva y supeditados a la compasión de terceras personas. Si bien la situación actual de las personas pobres o marginadas de la sociedad puede que no sea mejor que en ese entonces, al menos en los países civilizados existen Estados a los cuales se les puede atribuir, legítimamente en algunos casos, la responsabilidad por las desgracias o las necesidades básicas insatisfechas de la población, de manera tal que ya no se

culpa a Dios o al Destino de la suerte de los ciudadanos, sino que se le asignan al Estado de Derecho y posteriormente, al Estado social de Derecho, una serie de obligaciones que está obligado a cumplir en aras de brindar bienestar a la sociedad.

Ahora bien, la Iglesia católica tuvo una importante influencia en lo que fue el desarrollo de las Fundaciones, puesto que en la perspectiva histórica las fundaciones se han clasificado en tres grupos, según sus fines sean benéficos, culturales o religiosos (de sufragio o de culto) siendo estos últimos regidos por el Derecho Canónico y siendo las Fundaciones con fines religiosos las que más presencia tuvieron en los siglos comprendidos desde el comienzo de la Edad Media hasta finales de la Edad Moderna.

Según el profesor Ramón Badenes Gasset ⁶

Las fundaciones, como entidades de beneficencia, se conocían básicamente como albergues para huérfanos (Orphanotropeia), hospitales (Xenones), y establecimientos generales de caridad (Ptochia), entre otros”, y continua diciendo que “...su naturaleza jurídica no era muy clara. Según la legislación bizantina, existían dos tipos de casas de caridad: unas de ellas, fundadas con base en la liberalidad que se ofrecía a una iglesia o monasterio según las reglas clásicas de la donación, como heredero o legatario, o directamente erigidas por la Iglesia o por un monasterio. Las del primer orden eran gobernadas y administradas por la casa madre, mientras que en las del segundo se encontraban las que eran creadas como establecimientos independientes, sin encontrarse ligadas a un instituto permanente, con autonomía administrativa y presupuestal, con capacidad de posesión y ejercicio de derechos, pero siempre bajo la vigilancia y control de un Obispo local. Esto se traduce en que automáticamente, las fundaciones tenían que

⁶ Citado por Katherina Ursula Bach Falkonerth en su tesis “Las fundaciones panameñas de interés privado, estudio de derecho comparado, y aplicación en la legislación Colombiana” de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá: 2.003. p. 27.

ser supervisadas por una entidad o una persona autorizada por la Iglesia Católica, ausentándolas de autonomía.

Se observa en la anterior transcripción cómo los orígenes de las Fundaciones fueron intentos de conciliar las obras caritativas prescritas por el Credo Cristiano con el funcionamiento de entidades jurídicas que a similitud de las asociaciones creadas por los hombres, pudieran actuar (a través de sus representantes u órganos) de manera autónoma y permanente.

Una similitud que probablemente no pase desapercibida en la comprensión de las fundaciones, son los puntos en común que las Fundaciones tienen con la donación, ya que en ambas situaciones de lo que se trata es de “desprenderse” de un bien valorable económicamente, en beneficio de otro y otros. Así, el Diccionario Enciclopédico Salvat describe la Fundación como: “Donación, entre vivos o por testamento, a provecho de un establecimiento, o para realizar un servicio público u obra de beneficencia o de piedad, generalmente con obligación de parte del beneficiario de cumplir determinados requisitos”, mientras que, refiriéndose a la Donación, el mismo Diccionario Enciclopédico, entiende:

DONACIÓN: *Como se desprende de su etimología latina (de dono, otorgo; donum, don), esta voz expresa la libre voluntad con que una persona transfiere a otra el derecho sobre alguna cosa. Es institución jurídica de naturaleza muy discutida por considerarla como un contrato, como un pacto, como un título o como un modo de adquirir. Para el Derecho romano era un medio de transmitir los hombres sus cosas, “un acto de liberalidad por el cual una persona se desprendía de todo o parte de su patrimonio a favor de otra que se beneficiaba con ello”. Sin embargo, los emperadores Diocleciano y Maximiano ya la consideraron contrato, y este criterio siguió Alfonso el Sabio en su Código de las Siete Partidas. Teniendo en cuenta que a nadie se puede obligar a que reciba un beneficio contra su voluntad, y que, por ello, para que la donación produzca efectos jurídicos es necesario que la acepte aquel en*

cuyo favor se hace, los modernos tratadistas la definen como “un contrato consensual, traslativo de dominio, por el cual una persona se compromete a ceder todos o parte de sus bienes a favor de otra que los acepta”. El Código Civil español adopta un criterio ecléctico, incluyéndola entre los modos de adquirir, pero determinando que las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos y las con causa onerosa, se regirán por las reglas de los contratos, y tratando entre los contratos las donaciones causa matrimonii. Se distinguen, siguiendo la clasificación establecida por el Derecho Romano, dos principales clases de donaciones: inter vivos y mortis causa. Las primeras surten efecto en vida del donante; una vez aceptadas son irrevocables, y se rigen por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones. Las segundas surten efecto después de la muerte del donante; son revocables hasta el momento de ésta; participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se rigen por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria. También se aceptan actualmente las clasificaciones en simples (que sólo obedecen a la liberalidad del donante) y remuneratorias y onerosas (que tienen por objeto recompensar los méritos o servicios) y en universales (que comprenden todo el patrimonio del donante, con tal que éste se reserve lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias y sin que, previendo el caso de herederos forzosos, pueda darse por vía de donación más de lo que pueda darse por testamento: la donación, en lo que exceda de esta medida, será inoficiosa) y singulares (que comprenden solamente alguna o algunas cosas particulares). Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes; podrán aceptarla todos lo que no estén especialmente incapacitados por la Ley para ello. La donación no obliga al donante ni produce efecto sino desde la aceptación. Se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario. Este debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso. La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito; la verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada, pues faltando este requisito no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación.

De lo dicho, resulta que si bien pueden concurrir los fines para los cuales se hace una donación o se constituye una fundación, como lo son los fines de beneficencia o ayuda hacia el prójimo, existen ciertas diferencias que permiten delimitar el alcance de cada una de las instituciones referidas. Dichas diferencias son:

1.6. Mientras la Fundación tiene ánimo de permanencia y continuidad en el tiempo, las Donaciones se ejecutan instantáneamente.

1.7. Por lo general, las Fundaciones proyectan sus acciones más allá del ámbito de sus fundadores, mientras que las Donaciones suelen hacerse a gente conocida y con quienes se tiene un especial vínculo familiar, de amistad, o profesional.

1.8. La Fundación es una persona jurídica, mientras que la Donación es un contrato.

1.9. Las Donaciones *mortis causa* pueden ser revocadas antes de la muerte del donante, mientras que una vez efectuado el traspaso de bienes hacia la fundación, se entiende irrevocablemente efectuado.

4. LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y SU RELACIÓN CON LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO

Enmarcar el estudio de las Fundaciones de Interés Privado dentro de la temática de las Sociedades Mercantiles, a priori pareciera resultar contradictorio, toda vez que las referidas personas jurídicas se diferencian de las Fundaciones al tomarse el criterio del ánimo de lucro, el cual permite dividir las personas jurídicas colectivas de Derecho Privado en dos especies, a saber: Las Entidades sin Ánimo de lucro y las Sociedades Mercantiles.

Pero si se mira más a fondo el concepto de ánimo de lucro, éste resulta obsoleto para delinear las características de cada una de las personas jurídicas mencionadas por las siguientes razones:

4.1 La doctrina tradicionalmente ha equiparado el hecho que una persona jurídica se dedique habitualmente a la realización de Actos de comercio, con el ánimo de lucro, lo que en la práctica puede no compaginarse con la realidad toda vez que existen personas jurídicas de Derecho privado tales como las Cooperativas o las Asociaciones mutuales que se dedican a la celebración habitual de Actos de Comercio sin que por ello posean necesariamente ánimo de lucro o la calidad de comerciantes.

4.2 A menudo sucede, sobre todo en Colombia, que se constituyen entidades jurídicas de carácter privado cuyos estatutos dicen que son “sin ánimo de lucro”, pero en la práctica se observa cómo sus dirigentes están concentrados en que la entidad obtenga unos considerables ingresos económicos como si de una sociedad mercantil se tratara. En este sentido la experiencia enseña que si bien la entidad como tal no tiene ánimo de lucro, a lo mejor los directivos de la entidad sí tengan ese ánimo de lucro encubierto. Es entonces cuando so pretexto de

reinvertir las ganancias de la entidad en su propio crecimiento, los directivos deciden adquirir, como representantes de la entidad, lujosos automóviles para la entidad, pero quien termina disfrutándoles son los mismos directivos.

Al respecto autores tan autorizados como José Ignacio Narváez García aseveran que:

“La ausencia de ánimo de lucro de la cual hacen alarde innumerables asociaciones y fundaciones no es característica propia de ellas ni factor que sirve para diferenciarlas de la sociedad. Precisamente como la realidad mostró la reiteración de casos en los que se rebasó ese añejo parámetro, en la Legislación Tributaria se optó por instituir la presunción según la cual las corporaciones o asociaciones tienen fines de lucro cuando perciben rentas susceptibles de distribuirse total o parcialmente a cualquier título a personas naturales, directamente o por medio de otras personas jurídicas durante su existencia o cuando se liquiden, En otras palabras, se les exonera el lucro directo y se pretende gravar el lucro indirecto. Pero esta presunción suele quedar desvirtuada mediante prácticas artificiosas”.

Ejemplo: En clubes sociales o deportivos y similares, suele estipularse en sus estatutos que el asociado pague una suma por concepto de ingreso así como las cuotas ordinarias y extraordinarias; y también se prevé la entrega de una suma adicional (mal denominada aporte) que no ingresa al patrimonio de la entidad porque se pacta como simple garantía a favor de la asociación, respecto de las obligaciones pecuniarias del asociado, quien puede negociar el irreal aporte cuando desee retirarse de la corporación. El valor comercial del mismo se reajusta por la Asamblea o la Junta Directiva año tras año para que cuando el titular lo transfiera no se configure lo que en la Ley tributaria se ha denominado ganancia ocasional. Y si la entidad se liquida, con su patrimonio hay que cubrir prontamente el reembolso del pretendido aporte como cualquier rubro de su pasivo externo.

Así mismo aunque en las cláusulas del régimen convencional se disponga que en caso de liquidación de la corporación los bienes que integren su patrimonio se adjudicarán a una entidad que persiga fines similares, tal pretensión queda convertida en letra muerta porque el patrimonio se distribuye entre los socios en virtud del reembolso del hipotético aporte cuyo valor normal ha sido periódicamente reajustado.⁷

En el anterior orden de ideas y en el contexto de una sociedad capitalista, el decimonónico concepto de “sin ánimo de lucro” se hace insostenible predicarlo de las personas jurídicas, sean éstas colectivas o individuales, debido a que antes que de idealismos, la ciencia jurídica debe nutrirse de realismos como el que brinda la experiencia, gracias a lo cual se sabe que la mayoría de las personas naturales (las mismas que necesariamente constituyen personas jurídicas), de manera entendible y respetable, persiguen fines de lucro así no tengan la calidad de comerciantes. Forzar el pensamiento y pretender que los únicos entes que tienen ánimo de lucro son los Comerciantes y las Sociedades Comerciales sería desconocer una realidad obvia y latente en la sociedad: el hombre actúa impulsado por el ánimo de lucro, por más fuerte que esto pueda sonarles a las personas “piadosas” y altruistas.

Las personas jurídicas “sin ánimo de lucro” a su vez son constituidas por personas naturales del común, las cuales por el sólo hecho de manifestar en unos estatutos la susodicha ausencia de ánimo de lucro, no por ello cambia la realidad que enseña que todas las personas, entendiendo por “todas las personas” al común de la gente, actúan con ánimo de lucro.

Uno de los rezagos implantados por la tradición católica en la sociedad latinoamericana tiene que ver con la sobrevaloración que dicha fe cristiana otorga a la caridad. En este sentido la religión católica enseña que para ser virtuoso hay

⁷ García Narváez, Op. Cit.

que preocuparse primero por el prójimo antes que por sí mismo. Y es entonces cuando se admira la filantropía o el altruismo de quienes constituyen una Fundación, ignorando que muchas veces estos actos supuestamente altruistas van precedidos de un deseo de figurar como “gente de bien” ante la sociedad. Muestra de ello es el hecho de que muchas Fundaciones lleven el nombre de su fundador para que la gente conozca quién fue o quién es el buen samaritano que se desprendió de parte de sus bienes para beneficio ajeno. Lo que olvidan estas personas es que las acciones verdaderamente desinteresadas se hacen sin que importe para nada el que se conozca quién es el benefactor.⁸

Tal vez la institución jurídica que más credibilidad tiene respecto del servicio desinteresado que se le pueda brindar a la comunidad lo constituye la Donación, toda vez que ésta se realiza sin tantas rimbombancias y presta más servicios concretos y palpables respecto del donatario.

Un asunto que desborda los objetivos trazados en la presente investigación pero que no por ello significa que se pueda prescindir de hacer referencia a él, y relacionándose con la idea plasmada en párrafos precedentes, consiste en la incidencia que la Religión pueda tener en el grado de Desarrollo Moral, Político y Económico, y por qué no, Jurídico, de una Nación. Realizando una reflexión en tal sentido es posible asir elementos de juicio para entender porqué los países en los cuales impera la religión católica (América Latina especialmente) presentan altos niveles de pobreza y subdesarrollo, en tanto países de tradición protestante (Inglaterra, U.S.A., Canadá, entre otros) presentan los grados de desarrollo económico y los niveles de riqueza material más altos del planeta.

⁸ Palabras de un pensador tan ilustre como Aristóteles ilustran mejor la idea que aquí se comenta. En efecto, en su obra *ÉTICA A NICÓMACO*, en su libro IV y refiriéndose a las virtudes morales en particular sostiene: “La liberalidad se entiende según la fortuna. No está el ser liberal en la muchedumbre de las dádivas, sino en la disposición del dador, la cual le lleva a dar según su fortuna. Nada impide que sea más liberal el que da menos cosas, si las da de menores recursos...No es fácil que el liberal se enriquezca, porque no sabe ni recibir ni guardar, antes todo lo despide de sí, ni precias las riquezas por sí mismas, sino para dar”.

La riqueza y la opulencia han sido aspectos considerados de manera inexacta, sobretodo en la sociedad hispanoamericana, en tanto se perciben como características incompatibles con el bienestar humano, a la par que la pobreza es exaltada como virtud, y en este círculo viciosos es donde se entiende el supuestamente “inexplicable” atraso de los países Sur y Centroamericanos.

Considerando los planteamientos precedentes, la Legislación Civil y Comercial deben prohiar un concepto más claro y exacto en remplazo del referido criterio del ánimo de lucro y, para tales efectos, resulta interesante las consecuencias que podría traer el prohiar un concepto como el de finalidades públicas y finalidades privadas como criterio diferenciador de las Personas Jurídicas de Derecho privado, atendiendo al objetivo al cual se dirige el objeto social de una Sociedad, Fundación o Asociación.

En tal sentido y teniendo presente que en la práctica comercial, Civil y Societaria es imposible la total ausencia de ánimo de lucro, es viable incorporar, además del anterior, otro criterio que permita diferenciar el actuar de las llamadas “Entidades sin ánimo de lucro” del actuar de las Sociedades Mercantiles. Calificar las Sociedades Mercantiles como entidades con “ánimo de lucro profesional” y a las que no tengan tal carácter calificarlas como personas jurídicas “con ánimo de lucro no profesional”, es interesante. De otra parte, tanto unas como otras podrían dedicarse bien sea a la satisfacción de finalidades públicas o a la satisfacción de finalidades privadas.

De esta manera se proscribiría el inexacto uso que del concepto “sin ánimo de lucro” ha venido haciendo la Legislación a través de las centurias.

5. ASPECTOS NORMATIVOS, SOCIALES Y ECONÓMICOS QUE HACEN VIABLE LA PRESENCIA DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO EN COLOMBIA

Aseverar que los cambios que afectan el entorno económico de un país inciden directamente en el ámbito jurídico en ocasiones puede ser cierto y en ocasiones no. Ante todo es necesario recordar que gran parte de la efectividad y vigencia de los Derechos subjetivos consagrados para los ciudadanos, se supedita a los recursos económicos con que cuenta un país tanto en su sector público como privado.

Ejemplo de lo anterior lo constituyen temáticas del derecho como la Responsabilidad Civil, el Derecho Comercial, el Derecho Civil, la Responsabilidad Estatal, entre otras ramas jurídicas, en las cuales todo el andamiaje jurídico y la gestión de los operadores jurídicos se orienta a determinar los efectos patrimoniales que un determinado hecho o acto jurídico puedan ocasionar. Cuando hay una falla en el servicio de parte del Estado, cuando ocurre un accidente de tránsito o cuando se pretende anular un contrato mercantil, siempre se persiguen finalidades de índole económica, lo que por sí mismo indica la trascendental importancia que el factor capital tiene en el mundo del Derecho.

Hasta en ámbitos tan disímiles de los anteriores, como el Derecho Penal, no están exentos de tomar en cuenta consideraciones patrimoniales, en razón a que de la conducta punible se derivan dos responsabilidades, a saber; la Responsabilidad Penal y la Responsabilidad Civil Extracontractual por los perjuicios ocasionados al Sujeto pasivo o a la víctima de la conducta punible.

Se hace difícil encontrar una parcela jurídica en la cual lo económico no importe para nada, y precisamente, teniendo en cuenta que en la vida, tanto jurídica como extrajurídica, lo económico sí importa, y mucho, es como se crearon las

fundaciones de interés privado como una forma de planeación patrimonial estratégica.

6. ASPECTOS NORMATIVOS DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO

Las siguientes son las consideraciones que se tienen en cuenta para propugnar por la regulación legal expresa de este tipo de Fundaciones en Colombia.

Si bien gran parte de las doctrinas jurídicas colombianas y de la normatividad nacional está influenciada por tendencias extranjeras, en Colombia existe total independencia legislativa para crear y promulgar las leyes que rigen en la República, de manera independiente con respecto a los demás países, aunque ello no sea plenamente predicable en campos como el Derecho Penal, en donde ciertos tipos penales del Código Punitivo Colombiano, están plasmados en el mismo, gracias a la presión de ciertas potencias mundiales a quienes les afecta la comisión de determinada clase de delitos.

En este orden de ideas, la implementación legal de las Fundaciones de Interés Privado en Colombia obedecería a una necesidad existente en el mundo de los negocios, en especial en momentos en los cuales la Globalización Económica no conoce fronteras y demanda garantías de protección legal para los grandes capitales.

Teniendo en cuenta que factores como los préstamos de dinero, el fungir como codeudor, la presencia de acreencias laborales, o las intenciones delictuosas de terceras personas o incluso de familiares forman parte del diario vivir, sobre todo cuando se posee una considerable fortuna económica, no existen soluciones mejores para estos contratiempos que las herramientas jurídicas ofrecidas por la Legislación Colombiana, entre las cuales se encuentra la propiedad fiduciaria, el régimen sucesoral y las donaciones, conformando un abanico de posibilidades en el cual hace falta la fundación de interés privado mediante una regulación expresa y no solamente reconociendo su existencia como lo hace el Artículo 13 del Estatuto Tributario.

Los aspectos que justifican la presencia de las Fundaciones de Interés Privado en Colombia son los siguientes:

- A diferencia de la Propiedad Fiduciaria, en la cual está expresamente prohibido constituir más de un fideicomisario, la fundación de interés privado permite que sean varias las personas Beneficiarias de la fundación, brindando así una mejor adaptación a las necesidades del fundador, el cual puede tener una familia numerosa y desear brindarle a todos ellos los beneficios de una misma Fundación de Interés Privado.
- En la propiedad fiduciaria por lo generar los beneficios derivados de esta figura están sujetos al cumplimiento de una condición, mientras que para las Fundaciones de Interés Privado en lo que mira a los beneficios que otorga, no está sujeta a condiciones.
- En cuanto a las Donaciones, como regla general estas se realizan a persona determinada presentándose muchas veces la situación consistente en que personas allegadas queden “por fuera” por no alcanzar los bienes en una cantidad tal que a todas y cada una de las personas o seres queridos se les pueda efectuar una donación, situación que no ocurre con los beneficiarios de las Fundaciones de Interés privado, ya que pueden ser tantos como el fundador quiera.
- En las Fundaciones de Interés Privado el patrimonio se conserva y lo que se distribuye son sus rendimientos, mientras que en la Donación existe un solo acto de tradición irrevocable, sin que el donante pueda prever lo que en un futuro el donatario vaya a hacer con dicha donación. En tal sentido si un padre de familia está preocupado por el futuro profesional de su hijo sería más prudente constituir una Fundación de interés privado cuyo beneficiario sea su descendiente, a efectuarle una cuantiosa donación a dicho joven, quien por su inexperiencia puede

dilapidar dicho patrimonio de manera irresponsable, cosa que no ocurriría si el capital se canaliza a través de una Fundación de Interés Privado.

6.1 ASPECTOS SOCIALES

En una sociedad caracterizada por los ánimos de lucrarse fácilmente, la corrupción y las deslealtades familiares, de poco sirven las buenas intenciones o la buena fe, si no se disponen de mecanismos legales que permitan que el ciudadano, con cierta capacidad económica, se vea libre de intereses no siempre transparentes, y que provienen de terceras personas, que siempre lo estarán rondando mientras posea dinero. La cultura colombiana, como la de otros países aquejados por problemas estructurales de índole económica, influenciados muchas veces por los altos niveles de desempleo, llega a límites que rayan con el campo delictual, y no pocas veces es común que quienes defraudan o esquilmán a alguien sean las personas más allegadas a él, es decir, sus propios familiares, sin perjuicio de que también existan terceras personas con intenciones similares.

Es allí cuando las Fundaciones de Interés Privado surgen como la opción perfecta para proteger el patrimonio familiar y de esta manera salvaguardar un porcentaje del patrimonio de que se disponga en época de bonanza y siempre y cuando no se pretenda defraudar a terceros, para destinarlo a la constitución patrimonial de la fundación de interés privado, poniendo a salvo un capital que será intocable respecto de las vicisitudes que sobrevengan después de haber sido constituida la fundación, tales como los concursos de acreedores, secuestros extorsivos, extorsiones o que se fragüen planes criminales destinados a segar la vida de alguien con la finalidad de alzarse con sus bienes.

De otra parte y en un Estado Social de Derecho en el cual se protege y respeta la propiedad privada, a todas luces resulta viable que alguien, ejerciendo la libre disposición de sus bienes, decida donarlos a una Fundación de Interés Privado y

constituir los beneficiarios de ésta, entre los que se puede incluir el propio fundador.

A pesar de que Colombia no se considera un paraíso fiscal, la presencia en su legislación de las Fundaciones de Interés Privado no afectaría en nada negativo su imagen ante la comunidad internacional, porque erróneamente se han asimilado las Fundaciones de Interés Privado con países en donde existen paraísos fiscales.

6.2 ASPECTOS ECONÓMICOS

En un contexto globalizante, las influencias económicas auspiciadas por el capitalismo internacional demandan cambios normativos flexibles en los países que quieren aprovechar el constante flujo de capitales. Países como Panamá han estado a la vanguardia de las tendencias financieras internacionales, razón por la cual, a pesar de ser un pequeño país, se ha visto beneficiado con las ventajas del comercio internacional, a lo cual contribuye significativamente el ordenamiento jurídico actualizado de dicho país. Si comparamos el ingreso per cápita de Panamá con Colombia, encontramos que dicho ingreso, por parte de Panamá, es de 3.080 dólares, mientras que Colombia posee un ingreso per cápita de 2.180 dólares, diferencia a la que sin duda contribuye las políticas económicas restrictivas aun imperantes en Colombia. Es bien conocido por los expertos que los incentivos tributarios contribuyen a generar más ingresos, mayores niveles de empleos y aumentan los beneficios económicos, y en este ámbito Panamá, junto con sus Fundaciones de Interés Privado, se ha permitido experimentar los beneficios que reporta la globalización y el capitalismo.

7. FIGURAS JURÍDICAS QUE PRESENTAN SIMILITUDES CON LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO

En el mundo jurídico global es posible encontrar instituciones jurídicas que en su teleología podrían parcialmente equipararse a los fines para los cuales se instituyen las fundaciones de interés privado, sin perjuicio que se encuentren diferencias sustanciales que llegado el momento, inclinen la decisión por una y otra figura de las mencionadas. Dichas instituciones jurídicas son, entre otras, las siguientes:

7.1 EL TRUST ANGLOSAJÓN⁹

“El trust es un contrato privado por el cual una persona transfiere un bien o derecho a otra persona de su confianza, con el fin de que lo controle y administre en beneficio de terceras personas, normalmente familiares o allegados. Su primer antecedente histórico lo encontramos en el llamado contrato de fiducia romano, por lo que a menudo se habla de él como una relación fiduciaria. No obstante, es en la Edad Media primero y en el derecho inglés después, donde adquiere sus principales características actuales. En el Medioevo era frecuente que caballeros que partían a guerras y cruzadas, transfirieran sus propiedades a un amigo u hombre de confianza. Este debía administrarlas en beneficio de la esposa y los hijos menores de edad del caballero, que en aquel entonces no podían ejercer directamente el derecho de propiedad. Normalmente, también recibía instrucciones sobre cómo proceder en caso de fallecimiento del caballero.

En el caso inglés, los repetidos abusos y expolios que se producían por parte de estos hombres de confianza, hizo que la Court of Chancery, que era la corte de justicia de la época, desarrollara una serie de normas para garantizar el

⁹ Referencia on-line en: <http://www.paraisos-fiscales.info/trust.html>

cumplimiento de estas relaciones de confianza, que se denominaron como trusts. Es en ese momento cuando adquieren plena validez jurídica.

Las figuras intervienen en este peculiar contrato:

- Settlor (otorgante): la persona a la que originalmente pertenece el bien y que decide transferirlo.
- Trustee (administrador): persona o entidad encargada de administrar el bien.
- Beneficiary (beneficiario): la(s) persona(s) designada(s) para recibir las ganancias obtenidas con el bien y, al vencimiento del contrato, el propio bien.
- Assets (activos): es el bien o bienes objeto del contrato.
- Trust deed (escritura de constitución): el contrato privado en el que se recogen las condiciones que debe cumplir el trustee.
- Protector o appointor: Es una figura opcional que se puede designar para supervisar al trustee o al que incluso se le puede dar potestad de sustituirlo por otro en caso necesario. Normalmente el protector es una persona de confianza del settlor.

La clave para comprender el funcionamiento del trust reside en la manera en que la ley inglesa, la llamada common law, interpreta el derecho de propiedad. En la common law se reconocen dos maneras diferentes de ejercer la propiedad. Por un lado existe el legal ownership o legal estate, es decir, la titularidad o propiedad legal de un bien. Por otro lado, el llamado beneficial ownership o equitable estate, que podríamos definir como el derecho de uso y disfrute. Este concede ciertos derechos sobre el bien a una persona distinta de su propietario legal.

Así se produce una situación compleja en la que el administrador es el propietario legal del bien, pero no tiene un dominio completo sobre el mismo, ya que a su vez tiene una obligación personal frente a los beneficiarios. Estos tienen derecho de recibir el bien, en el momento que se haya estipulado en la escritura de constitución, y en algunos casos también a utilizarlo y a disfrutar de él.

Este tipo de situaciones jurídicas son reguladas y aceptadas con naturalidad por la common law inglesa. Esto es así fundamentalmente por razones históricas. En la tradición anglosajona, el único dueño absoluto de las tierras era el rey, el cual concedía a sus vasallos el uso y disfrute de las mismas y la facultad de dedicarlas a diversos fines. El propietario último seguía siendo el rey, mientras que sus súbditos se convertían en meros “inquilinos” o “tenants” de las tierras. De este modo, ya en la Edad Media se producía esa distinción entre legal y beneficial ownership, que comentábamos anteriormente. Es por ello que el trust es una figura jurídica íntimamente ligada a la common law y es aceptado en la mayoría de los países de influencia anglosajona, como lo son los Estados Unidos o los países de la llamada Commonwealth, antiguas colonias británicas. Por el contrario, es inexistente en prácticamente todos los estados que basan sus sistemas legales en el llamado código civil o derecho continental, es decir, la mayoría de los países de Europa (entre ellos España) y Latinoamérica.

El código civil entiende el derecho de propiedad como un dominio absoluto, en exclusiva, definitivo, y por tanto lo considera como algo indivisible. Sólo existe un tipo de propiedad: algo nos pertenece o no nos pertenece. No cabe término medio. Es precisamente este concepto de doble propiedad, aceptado por la common law, lo que hace del trust un instrumento enormemente versátil, con muchísimas posibilidades y aplicaciones tanto en el ámbito privado como en las finanzas y el comercio.

Así, se emplean diferentes tipos de trusts que sirven para los más variados propósitos. Por mencionar algunos ejemplos, en el mundo de los negocios pueden utilizarse para realizar inversiones conjuntas, para agrupar las participaciones de pequeños accionistas y así poder ejercer el derecho a voto en una junta de accionistas, para administrar las inversiones privadas de un cargo público y evitar el conflicto de intereses o para garantizar el correcto cumplimiento de una transacción importante. Este último tipo se suele conocer con el nombre de plica o

escrow y su uso se ha popularizado últimamente debido a que se está utilizando para garantizar pagos y transacciones en Internet. En el ámbito privado los trusts suelen utilizarse como alternativa o complemento al testamento (testamentary trusts o “mortis causa”) o para administrar diferentes intereses privados y familiares. Esto último se realiza a través de los llamados living trusts o “inter vivos”, que puede tener muchas modalidades diferentes.

Durante las últimas décadas se ha hecho popular el llamado offshore trust, que recibe este nombre por estar constituido en un paraíso fiscal o jurisdicción offshore. Se emplea sobre todo con fines de reducción de impuestos y planificación fiscal. Frecuentemente también para proteger el patrimonio personal y familiar frente a potenciales acreedores o posibles demandantes (por diversos motivos como divorcios, conflictos laborales, etc.).

Algunas jurisdicciones offshore han promulgado leyes especialmente estrictas y favorables que dotan a los trusts constituidos en su territorio de gran protección y seguridad jurídica. Sin embargo, su utilización por parte de ciudadanos residentes en países con legislaciones basadas en el derecho civil, no ha estado exenta de dificultades.

Aunque esté constituido en el exterior, el trust por lo general manejará bienes y derechos que se encuentran situados en el país de residencia habitual del settlor o de los beneficiarios. Por ello, también tendrá implicaciones legales y fiscales en dicho país. La falta de reconocimiento por parte de la legislación del país en el cual se encuentran situados los intereses económicos, y la diferente interpretación del derecho de propiedad, puede acarrear serios problemas jurídicos. Estos se producen especialmente en aspectos fiscales, en los relacionados con la transmisión de bienes (especialmente los inmuebles) o en el transcurso de juicios o demandas por cualquier motivo. En este caso las decisiones judiciales, debido a la falta de legislación aplicable, a menudo son imprevisibles y poco favorables.

Para tratar de ofrecer una solución a este tipo de problemas en las jurisdicciones de derecho continental, el 1 de julio de 1985 se presentó en la ciudad de La Haya el “convenio sobre la ley aplicable a los trusts y su reconocimiento” (convention on the law applicable to trusts and on their recognition). Este tratado finalmente entró en vigor el 1 de enero de 1992. Sin embargo, hasta la fecha han sido pocos países los que lo han ratificado. Aparte de Holanda y Luxemburgo, lo ha suscrito también Italia y, ya más recientemente Suiza, en el año 1997.

Al margen del tratado, existen actualmente sólo tres países europeos bajo derecho continental que no sólo reconocen al trust, sino que lo han recogido en sus ordenamientos jurídicos. Aparte de Holanda, que permite la formación de una versión muy limitada del mismo, en los otros dos casos se trata de paraísos fiscales.

Por un lado, Mónaco lo reconoce siempre y cuando haya sido creado fuera de sus fronteras e incluso permite constituirlo dentro del principado, cuando las personas que lo hagan sean ciudadanos de países que a su vez lo permitan también. Esto quiere decir que sólo pueden hacerlo los ciudadanos de países anglosajones. Pero es el principado de Liechtenstein la única jurisdicción de derecho civil en Europa, que lo acepta plenamente en su ordenamiento jurídico y permite además su constitución sin limitaciones.

Por otro lado, varios países latinoamericanos, han introducido en sus legislaciones una figura que se asemeja bastante al trust. Se trata del fideicomiso. Cabe destacar, sin embargo, que el fideicomiso, al ser típico de las jurisdicciones de derecho civil, está bastante más limitado en sus aplicaciones.

Esto es debido a que no reconoce la existencia de la doble propiedad típica en la common law que anteriormente comentábamos. Por este motivo su utilización se circunscribe generalmente al mundo de los negocios, en especial para la presentación de garantías en diferentes tipos de transacciones.

Pero si existe una entidad jurídica medianamente similar en el derecho continental, lo es sin duda la llamada fundación privada. Las más conocidas son la panameña y la de Liechtenstein, aunque también existen variantes con más o menos restricciones en diferentes países europeos y caribeños (Islas caimán, Barbados, Belice, Bermuda). Estas fundaciones pueden ser empleadas de una manera muy eficiente, para la planificación fiscal y para la protección del patrimonio. Incluso pueden llevar a cabo, sin mayores problemas, las funciones de un fideicomiso.

Es de destacar, sin embargo, que su inigualable versatilidad y flexibilidad, hacen del trust anglosajón una extraordinaria herramienta para la gestión tanto de intereses corporativos como privados y lo convierten en una figura jurídica y económica única en el mundo.

7.2 LA FIDUCIA MERCANTIL

Una de las divisiones que más relevancia tiene el Derecho Comercial, se refiere a la temática de los principales contratos mercantiles, entre los cuales se encuentra el contrato de fiducia.

Al respecto, son varios los términos que pueden dar lugar a equívocos por parte del lector, entre los cuales se encuentran los siguientes: propiedad fiduciaria, contrato de fiducia, encargo fiduciario, fiducia mercantil, fiducia civil.

Para aclarar el equívoco, hay que tener en cuenta que los términos jurídicos de propiedad fiduciaria y contrato de fiducia hacen referencia a un mismo hecho jurídico, el cual es mirado desde ópticas distintas, según se aborde su conocimiento desde el Estatuto Civil o desde el Código Comercial, a saber:

La propiedad fiduciaria, en concordancia con el título VIII, capítulo III del libro segundo del Código Civil, es una limitación al dominio. Dispone el artículo 794 lo siguiente:

Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición.

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso.

Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria.

La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución.

Por su parte, el Código de Comercio, al referirse a la definición de FIDUCIA en el artículo 1226 dispone:

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.

Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

De lo contenido en el artículo 1226 del Código de Comercio, se tiene que la fiducia mercantil es un negocio jurídico bilateral, en el cual intervienen dos sujetos, de una parte una entidad fiduciaria y de otra parte una persona natural o una persona jurídica de carácter público o privado, pero siempre existiendo en un polo de la relación jurídica la entidad fiduciaria, puesto que en Colombia sólo se permite celebrar esta clase de contratos con entidades fiduciarias. El objeto de la fiducia recae en la destinación que una persona natural o jurídica, denominada

fideicomitente, hace de una parte de sus bienes para que con éstos se forme un patrimonio autónomo, el cual será administrado o enajenado por la entidad fiduciaria. Para estos efectos, el Fideicomitente debe transferir sus bienes a favor del fiduciario, quien se compromete a administrarlos o enajenarlos según las instrucciones dadas por el constituyente. En cuanto a la finalidad principal del negocio fiduciario, ésta consiste en beneficiar a un tercero a al propio constituyente una vez se haya cumplido el plazo o la condición a la cual esté sujeta la realización del fideicomiso. Las motivaciones que llevan al constituyente de una Fiducia a la celebración de este negocio jurídico son muchas, entre las cuales se pueden contar:

El hecho de querer delegar en una persona especializada la gestión y administración de sus bienes; Que parte del patrimonio del constituyente sirva de garantía para diversas obligaciones adquiridas por el fideicomitente; Beneficiar a terceros o a miembros de su familia; Planear de manera estratégica sus inversiones; entre otras.

Ahora bien, entre las diversas clases de fiducia mercantil existente en Colombia, se encuentran las siguientes:

7.2.1 Clases de Negocios Fiduciarios

7.2.1.1 Fiducia de Garantía: Es un negocio fiduciario en virtud del cual, una persona, natural o jurídica, llamada fideicomitente, constituye un patrimonio autónomo al cual transfiere la propiedad de uno o varios de sus bienes o derechos, y los destina a servir de garantía para que en caso de incumplimiento en alguna de sus obligaciones, dichos bienes o derechos puedan ser utilizados como fuente de pago de operaciones de crédito.

7.2.1.2 Fiducia Inmobiliaria: Esta herramienta jurídica está destinada principalmente hacia el negocio de la construcción, la cual les permite comercializar y gestionar sus proyectos inmobiliarios de una manera ágil, facilitándoles su ejecución. De igual manera les brinda a los interesados plena confianza en la administración de los recursos en el estado de preventas.

7.2.1.3 Fiducia de Inversión: En esta clase de Fiducia el constituyente transfiere un porcentaje de sus activos a la entidad fiduciaria con el objetivo de que ésta los invierta de la manera que estime más conveniente en el mercado de acciones y títulos financieros. Al respecto, es importante señalar que la doctrina señala que en esta clase de fiducia, las obligaciones adquiridas por la FIDUCIARIA son obligaciones de medio y no de resultado. En este sentido, la fiduciaria está obligada a actuar de manera diligente pero sin comprometerse a obtener determinado resultado, puesto que en el mundo de las inversiones financieras los resultados son inciertos ya que se trata de una actividad especuladora.

7.2.1.4 Fiducia de Administración: En este negocio jurídico el constituyente transfiere sus bienes a la entidad fiduciaria para que ésta, a través de expertos, administre sus bienes por un término estipulado o hasta tanto se cumpla una condición, al cabo de la cual los bienes deben retornar al constituyente o al beneficiario según se haya establecido. Este negocio jurídico es oneroso, y la fiduciaria tiene derecho a unas comisiones, pero en ningún caso puede radicarse en cabeza de la fiduciaria la propiedad de los bienes fideicomitidos, es decir, a la fiduciaria no se le puede pagar con los bienes sobre los cuales recae el negocio jurídico, aunque sí con parte de su producido o de sus rentas, según se haya establecido.

8. INSTITUCIONES JURÍDICO-COLOMBIANAS QUE HACEN POSIBLE LA EXISTENCIA DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO; EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA AUTONOMÍA PRIVADA

Para explicar la existencia o viabilidad de una figura jurídica determinada en un ordenamiento jurídico dado, es necesario indagar por las bases que le sirven de fundamento a dicha institución. En el presente caso, las Fundaciones de Interés Privado versan sobre un patrimonio afectado a un fin específico, el cual tendrá unos beneficiarios y adquirirá personería jurídica, lo que le permite ser sujeto de derechos y obligaciones, ser representada judicial y extrajudicialmente, al igual que ejecutar actos jurídicos destinados a su permanencia.

En dicho orden de ideas, y si se entiende la constitución de las Fundaciones de interés privado como una disposición que el constituyente hace de su propio patrimonio, con claridad se observa que si en Colombia existe el derecho de propiedad como una garantía constitucional del ciudadano, éstos, en virtud de la libre disposición de su patrimonio, pueden perfectamente constituir una Fundación de Interés Privado siempre que en dicho acto no afecte derechos de sus acreedores, caso en el cual se podrían revocar las donaciones hechas a la Fundación.

Si en Colombia el Código Civil en su artículo 1443 estipula la Donación cómo: *“La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta”*, a fortiori se permite que la misma persona decida constituir una Fundación de Interés privado a la cual efectuarle una donación. No obstante ello, mientras en Colombia no haya una Ley que regule expresamente la existencia de las Fundaciones de Interés Privado, al momento de un nacional colombiano constituir una Fundación de Interés Privado Extranjera será necesario observar las reglas relativas a la Donación, consagradas en el Código Civil desde el artículo 1443 al artículo 1493.

Concerniente a la temática que aquí se trata, el artículo 1.470 del Código Civil consagra una figura mezclada entre Donación y Propiedad Fiduciaria al estipular: *“Las donaciones, con cargo de restituir a un tercero, se hacen irrevocables en virtud de la aceptación del fiduciario, con arreglo al artículo 1468. El fideicomisario no se halla en el caso de aceptar hasta el momento de la restitución; pero podrá repudiar antes de ese momento”*, en lo que se ha dado en llamar donación fideicomisaria.

9. VIABILIDAD Y POSIBLE IMPLEMENTACIÓN DE LAS FUNDACIONES DE INTERES PRIVADO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIA

Un aspecto fundamental, para analizar la posible viabilidad de las fundaciones de interés privado, es seguir lo establecido en el tratado de Montevideo, el cual aprobó el Tratado de Derecho Civil y de Derecho Comercial Internacional, el día 12 de Febrero de 1989 y tomando como referente que este tratado establece que la existencia y capacidad de las personas jurídicas se regirá por la normatividad del País donde han sido reconocidas. Cabe anotar que el mismo tratado expresa en su último inciso que para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetaran a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intentan realizar dichos actos.

Lo anterior nos hace pensar que si un Colombiano es fundador de una fundación panameña de interés privado, tendría doble normatividad para ello debido a que lo cobijan las normas Colombianas por ser Nacional Colombiano y al igual las Panameñas, por haber fundado tal tipo de Fundación en Panamá, cabe anotar que e nuestra legislación reconocería una fundación panameña de interés privado como una persona jurídica extranjera gracias a el Tratado de Montevideo.

Otro aspecto importante es que las fundaciones panameñas de interés privado, reconocen el ejercicio de está fuera de Panamá para ello se establece un abogado que es el encargado de la fundación en panamá mientras los fundadores están en Países diferentes a Panamá, por lo tanto es perfectamente viable que un Colombiano domiciliado en Colombia pueda fundar una fundación panameña de interés privado.

De acuerdo al reconocimiento de personas jurídicas extranjeras, debe saberse que existe un reglamento especial para ello y está consagrado en la Convención

sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, suscrita en la Haya en el año 1961, el cual reza:

“Los documentos expedidos a partir del 30 de enero del año 2001 por los Estados parte de la Convención y Apostillados por ellos, no requieren autenticación ante el consulado colombiano, ni de la posterior legalización ante la oficina de legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La Convención, a la cual adhirió Colombia, suprime la exigencia de legalización diplomática o consular para documentos públicos que han sido ejecutados en el territorio de un Estado Parte y que deben ser presentados en el territorio de otro Estado Parte del Convenio, lo que tendrá por efecto suprimir todas las formalidades posteriores, como la legalización por parte de nuestra Cancillería. Para tal fin se exige colocar un sello o estampilla por parte del país donde se elaboró el documento, llamado Apostille...”. Esto indica que para que una fundación panameña de interés privado, surta efecto en territorio Colombiano debe contarse con el Apostille y la respectiva escritura pública y así reconocerse como persona jurídica extranjera.

Por otra parte podría pensarse que aunque en Colombia no existe hasta este momento un ley reguladora de la materia en cuanto a fundaciones de interés privado, es viable constituir la en nuestra legislación debido a que el Art. 13 del estatuto tributario Colombiano reza:

“Sociedades limitadas y asimiladas: Las sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas estas sometidas al impuesto sobre la renta y complementarios, sin perjuicio de que los respectivos socios, comuneros o asociados paguen el impuesto correspondiente a sus aportes o derechos y sobre sus participaciones o utilidades, cuando resulten gravadas de acuerdo con las normas legales.

Se asimilan a sociedades de responsabilidad limitada: las sociedades colectivas, las en comandita simple, las sociedades ordinarias de minas, las sociedades irregulares o de hecho de características similares a las anteriores, las comunidades organizadas, las corporaciones y asociaciones con fines de lucro y las fundaciones de interés privado”.

Es por esto que es certero pensar que en nuestra legislación es viable la creación de fundaciones de interés privado, lo cual no implicaría tener las ventajas tributarias que existen en Panamá debido a que la normatividad aplicable sería la Colombiana.

10. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE CONSTITUIR FUNDACIONES DE INTERES PRIVADO EN COLOMBIA

Si bien es viable la implementación de Fundaciones de interés privado, debe tenerse en cuenta que esto acarrearía el acogerse a una doble legislación por ejemplo, en Panamá se estaría exento de la tasa de impuestos al contrario de Colombia donde se deben pagar todos los impuestos pertinentes con el impuesto de renta y complementarios.

También se debe advertir que las fundaciones extranjeras de interés privado que quieras realizar actos de comercio en Colombia deben acogerse a la normatividad Colombiana. Lo anterior se hace importante en la medida que nos dice que no es requisito sine qua non el que las fundaciones de interés privado estén reguladas por una Ley específica en nuestra legislación, ya que si los efectos de esta se consolidan en nuestro país o si se crea en Colombia como persona jurídica extranjera, entonces se regirán por las leyes de Colombia.

Finalmente y guiados por el Tratado de Montevideo, hay un punto demasiado relevante en cuanto a este aspecto, ya que si los actos de la fundación de interés privado son protegidos o con regulación especial por la normatividad extranjera, primará la Ley Colombiana, si dicha persona actúa en Colombia o es Constituida por Colombianos.

BIBLIOGRAFÍA

BACH FALKONERTH, Katherina Ursula. Las Fundaciones Panameñas de Interés Privado, estudio de Derecho comparado y aplicación en Colombia. Tesis de grado, 2.003. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales. Décima sexta edición. Librería Ediciones del Profesional LTDA.

CADAVID ARANGO, Luis Alberto. Las entidades sin ánimo de lucro de derecho privado. En: Foro del Jurista. Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

CÓDIGO CIVIL. Códigos Básicos, 2.008. Editorial Legis.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1.991. 2.006. Editorial Leyer. Bogotá.

LEAL PÉREZ, Hildebrando. Derecho de Sociedades Comerciales. Quinta edición. Partes general y especial. Editorial Leyer.

LEY 25 DE 1.996. República de Panamá.

MONTOYA OSORIO, Marta y MONTOYA PÉREZ, Guillermo. Las Personas en el Derecho Civil Colombiano. Editorial Leyer.

RAMÍREZ FUERTES, Roberto. Sucesiones. Sexta edición. Editorial TEMIS S.A.

VALENCIA RESTREPO, Las Tres Grandes Teorías Generales del Derecho.

VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Orden Societario. Señal Editora.