

**Alcance Doctrinal y Jurisprudencial del Contrato de Fiducia Civil y su
Relación Con el Patrimonio, Particularmente Sus Efectos de
Inembargabilidad a la Luz del Ordenamiento Jurídico Vigente. (Radicado
2021-039)**

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana



**Alcance Doctrinal y Jurisprudencial del Contrato de Fiducia Civil y su
Relación Con el Patrimonio, Particularmente Sus Efectos de
Inembargabilidad a la Luz del Ordenamiento Jurídico Vigente.**

Presentado por:

Diego Alejandro Álvarez Giraldo.

Mariana Rodríguez García.

Asesor del trabajo de grado
Gustavo Adolfo Beltrán Valencia.

Julio de 2021.

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana

Dedicatoria

Este proyecto investigativo está dedicado a nuestros padres, quienes desde un principio han creído en nosotros, en nuestra lucha académica y nuestro sueño de ser abogados, sobresalientes en la profesión. Dedicado también a todas aquellas personas que han confiado y creído en nuestro proceso.

Agradecimientos

“El agradecimiento es la memoria del corazón.”
Leo Tse.

Quisiéramos agradecer este proyecto a nuestro tutor Gustavo Beltrán, a cada uno de los docentes que influenciaron nuestro desarrollo profesional, a todos nuestros amigos y compañeros universitarios, a todos aquellos que aportaron para la consecución de este logro académico profesional.

RESUMEN

La presente investigación que denominamos “*Alcance doctrinal y jurisprudencial del contrato de fiducia civil y su relación con el patrimonio, particularmente sus efectos de inembargabilidad a la luz del ordenamiento jurídico vigente*” busca desarrollar un análisis con respecto al desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha tenido el fideicomiso civil en el ordenamiento nacional, entendiendo que el mismo es una herramienta jurídica que ha tenido una gran aceptación por parte de todos aquellos que buscan seguridad en torno a sus bienes patrimoniales, pero a pesar de ello, cuenta con un número de falencias y especulaciones que deben ser aclaradas para así, buscar una mejor aplicación y comprensión en el ordenamiento nacional.

Para ello, este trabajo pretende desarrollar un análisis histórico del contrato de fiducia civil, de forma tal que se permita formar un antecedente de cómo se ha aplicado esta figura normativa en el ordenamiento nacional, para así determinar cómo ha sido su concepto doctrinal y jurisprudencial.

Posterior a ello, se busca determinar su naturaleza jurídica y los efectos que esta tiene tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, dando una determinación sobre el efecto patrimonial del fideicomiso sobre la embargadora o no de bienes sometidos a este contrato.

Palabras clave: *Fideicomiso Civil, Bienes privados, Bienes de fideicomiso, efectos contractuales, efecto patrimonial.*

ABSTRACT

The present investigation we call "Doctrinal and jurisprudential scope of the civil fiducia contract and its relation with the patrimony, particularly its effects of inembargability in light of the current legal order" seeks to develop an analysis with respect to the doctrinal and jurisprudential development that the civil trust has had in the national order, understanding that it is a legal tool that has been widely accepted by all those who seek security around their assets, but despite this, it has a number of shortcomings and speculations that need to be clarified for this purpose, seek better implementation in national law.

To this end, this paper develops a historical analysis of the development of the civil fiducia contract, in such a way that it is possible to have a precedent of how the concept has developed in the national legal order, its jurisprudence in the modern order, and thus, to determine whether its doctrinal and jurisprudential concept has been.

Subsequent to this, it is sought to determine its legal nature and the effects that it has both at the doctrinal and jurisprudential level, giving a determination on the patrimonial effect of the trust on the attachment or not of goods subject to this contract.

Keywords: *Civil Trust, Private Property, Trust Property, Contractual Effects, Patrimonial Effect.*

Contenido

vii

Introducción.....	1
Capítulo 1.....	5
1. Estado del arte, concepto y alcance histórico del contrato de fiducia civil.....	5
1.1. El fideicomiso en la época romana.....	6
1.2. El fideicomiso como institución con alcances jurídicos en Roma.....	7
1.3. Antecedentes del fideicomiso en Europa y Norteamérica.....	8
1.4. Antecedentes de la fiducia en el caso latinoamericano.....	10
1.5. Antecedentes en el caso colombiano.....	11
1.6. Sustento histórico de la fiducia mercantil, fiducia civil y encargo fiduciario.....	14
Capítulo 2.....	17
2. Alcance de la fiducia civil desde la normativa colombiana.....	17
2.1 Concepto de Fideicomiso Civil o Fiducia Civil y su carácter de inembargabilidad.....	18
2.2 Naturaleza del fideicomiso civil ¿Contrato o acto unilateral?.....	20
2.3 Concepto de acto unilateral.....	23
2.4 Concepto de contrato de Fiducia Civil.....	24
2.5 Consideraciones particulares del Fideicomiso como Acto.....	24
2.6 Participes del fideicomiso Civil.....	26
2.7 Causales de extinción del Fideicomiso.....	30
2.7.1 Restitución.....	30
2.7.2 Resolución del Derecho de autor.....	31
2.7.3 Destrucción de la cosa.....	32
2.7.4 Por la renuncia del fideicomisario.....	33
2.7.5 Faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil.....	34
2.7.6 Confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.....	35
Capítulo 3.....	36
3. Concepto de inembargabilidad.....	36
3.1. Bienes inembargables.....	37
3.2. Prenda general de los acreedores.....	39
3.3. Excepciones a la prenda general de los acreedores.....	40
3.3.1. El patrimonio de familia.....	40
3.3.2. La afectación a vivienda familiar.....	40
3.3.3. El fideicomiso.....	41
3.4 Embargabilidad del fideicomiso civil en la legislación colombiana.....	42
Bibliografía.....	61

Lista de tablas

Tabla 1. Clasificación de bienes 38

Lista de figuras

Figura 1. Acto de fiducia. 6

Introducción.

El presente trabajo investigativo busca definir los aspectos fundamentales del contrato de fiducia civil, el cual se encuentra consagrado en los artículos 793 y siguientes de la Ley 57 de 1887. Vale la pena resaltar que la fiducia civil, también conocida como el fideicomiso, es un derecho real, definido como aquel derecho que recae directamente sobre una cosa, poder sobre esa cosa, del cual es titular una persona, Barragán (1971), citado por Velásquez (2000, p. 90) que para el caso del fideicomiso implica la obligación de dar o transferir la plena titularidad de dicho derecho (Sentencia STC 13069/19, 2019). Ahora bien, este contrato consiste en la creación de una propiedad fiduciaria, que no es otra cosa, que según el art 665 del C.C. “el gravamen de pasar a otra persona bienes por la ocurrencia de una condición” (Código Civil Colombiano, 1873)

A la cosa constituida en la propiedad fiduciaria, se le otorga, como bien se dijo anteriormente, el nombre de fideicomiso, lo cual implica la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido este gravamen, es decir, una vez cumplida la condición a la cual se encuentra sujeta la propiedad fiduciaria, se deben restituir los bienes objeto del fideicomiso al beneficiario (Código Civil Colombiano, 1873).

Resulta fundamental recalcar que el Código Civil Colombiano debe leerse de manera sistemática y teniendo en cuenta que el mismo fue redactado de forma ejemplificadora, es decir, su lectura no puede ser literal, pues su fin es plasmar supuestos de carácter hipotético y que éstos generen una deducción del alcance de cada figura, lo que resultará esencial a la hora de comprender los alcances jurídicos que acarrea el fideicomiso civil.

De acuerdo a ello, la lectura de los artículos 793 a 822 del Código Civil, nos permite evidenciar que este instrumento jurídico se basa en una relación tripartita, en la cual participa una parte denominada constituyente, que es aquel que condiciona el traslado de un bien de su propiedad a favor de un tercero, dejando la guarda y la custodia de sus bienes en manos de otra parte denominada fiduciario, quien a su vez tiene la obligación de restituir los bienes objetos de la fiducia a otra parte llamada beneficiario, en cabeza de quien está la expectativa del derecho hasta tanto no se resuelva la condición. Perfeccionándose así el contrato de fiducia Civil.

Dicho lo anterior, se realizará un proceso de referencia teórica de la terminología y se desarrollará una diferenciación entre lo que es la fiducia civil y la mercantil, determinando cuáles son sus características propias y cuáles son sus diferencias dentro del marco normativo, definiendo sus partes o intervinientes y estableciendo en quien puede recaer o no la calidad de fiduciario. No obstante lo anterior y pese a la similitud que concurre en los diferentes tipos de fiducia, localizamos ciertas diferencias y características esenciales para cada una de ellas; en el caso de la fiducia civil,

encontramos que esta no transfiere la titularidad plena del derecho real de dominio, mientras que en la fiducia mercantil se transfiere en su totalidad el derecho de dominio sobre los bienes que hacen parte del negocio fiduciario, dando lugar a la creación de un patrimonio autónomo, evitando así la confusión entre el patrimonio del constituyente y del propietario fiduciario, por otro lado, el encargo fiduciario, figura que opera dentro de la fiducia mercantil, abre la posibilidad de que el constituyente no transfiera el derecho real de dominio de los bienes dados en la fiducia, hasta tanto no se cumpla o se resuelva la condición (Navarro, 2016). En este sentido, el contrato fiduciario se puede celebrar integrando diversas finalidades, obedeciendo a los intereses del fideicomitente o constituyente, siendo este contrato uno de los más flexibles del ordenamiento jurídico.

No obstante, en los últimos años este contrato ha generado controversias en el ámbito patrimonial de las personas, esto debido a la interpretación del numeral 8, artículo 1677 del Código Civil, que determina “la inembargabilidad de la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente” (Código Civil Colombiano, 1873).

La situación se ha tornado problemática, pues algunas entidades colombianas como la Superintendencia de Sociedades, que en su doctrina ha considerado que esta causal de inembargabilidad ha sido derogada tácitamente por el Código General del Proceso, pues ésta en su artículo 594 no revistió al fideicomiso de tal protección, tal como lo hacía el pasado Código de Procedimiento Civil (Superintendencia de Sociedades, 2017, Oficio N° 220-111308). Creando así una verdadera problemática para las entidades de control, profesionales jurídicos y para los particulares en general, ya que la Superintendencia de Notariado y Registro en distintas instrucciones administrativas N° 06 de 2017 han instado a las oficinas de Instrumentos Públicos a no registrar embargos judiciales sobre bienes inmuebles en los cuales repose un fideicomiso, al considerar que la no embargabilidad que reviste este contrato no ha sido derogada, por lo que da lugar a que se generen ciertas lagunas o vacíos normativos que crean confusión en el ordenamiento nacional.

Lo anterior, a todas luces genera un incierto normativo de suma importancia para el derecho, así como para el desarrollo profesional y académico en el ámbito colombiano, así las cosas, el presente trabajo investigativo busca responder ¿Cuál ha sido el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del fideicomiso civil en Colombia con respecto a sus efectos jurídicos sobre el patrimonio de las personas?

Teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico colombiano no es claro en limitar el alcance de sus contratos, pues la codificación civil no es taxativa, si no, por regla general enunciativa, basada en hechos ejemplificadores, lo que permite que se generen diversas interpretaciones ambiguas. Lo anterior, se evidencia en el artículo 63 del Código del Código Civil, donde no reposa una definición expresa sobre la culpa y el

dolo, por el contrario, se realiza una descripción sobre las cualidades o características que debe contener una persona al momento de realizar un negocio jurídico.

Eso mismo sucede con la fiducia civil, pues no se define expresamente que sea un contrato, se le ejemplifica como una limitación al dominio con unas reglas particulares para que opere, lo cual puede generar lagunas normativas al momento de aplicarla, siendo vital un estudio detallado sobre su alcance y efectos en el patrimonio, es decir, cual es el tratamiento sobre los bienes de una persona cuando existe un contrato de fiducia civil. Ahora bien, al contar con las fuentes auxiliares del derecho plasmadas en los diferentes conceptos, instrucciones u oficios de entidades como la DIAN, la Superintendencia de Notariado y Registro y la Superintendencia de Sociedades, las cuales serán usadas para desarrollar y responder a la pregunta antes planteada, teniendo en cuenta que las mismas suelen contradecirse, creando inseguridad jurídica y confusión al momento de regir y de aplicar las normas al contrato.

Además, como lo expresamos en líneas anteriores, existe un debate profundo sobre su efecto de inembargabilidad, lo cual, a todas luces, es un problema con relevancia jurídica actual, pues el tema no ha sido cerrado en sede ordinaria o extraordinaria, sino tratado vía tutela, lo cual tiene efectos inter-partes más no *erga omnes*.

Esta jurisprudencia permite desarrollar un entendimiento de que la fiducia civil está enmarcada en un contrato, que si bien en el derecho romano se guiaba por la buena fé entre las partes (Petit, 2007) la doctrina y jurisprudencia colombiana, lleva consigo una herramienta contractual en la que cada parte se convierte en un actor vinculante y articulador dentro del acto de fideicomiso (Código Civil Colombiano, 1873).

Para ello, se pretende desarrollar un análisis amplio con respecto a la jurisprudencia que existe actualmente en el país, con el fin de determinar su relación con la doctrina romana, como un simiente constitutivo de lo que es la doctrina actual, la cual parte de un supuesto de interés jurídico del acreedor en proteger del daño patrimonial a través del mecanismo de fiducia civil, Siendo esta una doctrina propia de la naturaleza del contrato y que se refiere a la función económica y social del mismo y a sus elementos esenciales para el desarrollo del acto (Palacios, 2014).

Se utilizara una metodología de investigación con enfoque cualitativo, la cual nos permite realizar una recolección de los diversos datos, informes, estudios, jurisprudencia y doctrina que se tienen respecto a la fiducia civil y su carácter de inembargabilidad, para así brindar una solución a la pregunta principal y poder determinar, en el primer capítulo de este trabajo investigativo, el origen historico del contrato de fiducia civil, para desarrollar un segundo capítulo que hable sobre la naturaleza y los efectos jurídicos de esta tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, y así, culminar el tercer capítulo y

poder llegar a una deducción que nos permita concluir si los bienes sometidos al fideicomiso civil son o no embargables.

Con lo anterior, se pretende lograr un estudio profundo del tema que puede ser utilizado tanto en los espacios académicos como jurisprudenciales del acto propio del fideicomiso, para lograr tener un marco de acción propio y sin verse envuelto en discusiones y diferencias entre las diferentes instituciones.

Capítulo 1

1. Estado del arte, concepto y alcance histórico del contrato de fiducia civil.

El fideicomiso Civil es un concepto que tiene sus orígenes desde el Derecho Civil Romano y en la figura del Trust en el derecho anglosajón (De la Hoz, 2018), y en este sentido, podemos decir que cuenta con un amplio marco histórico que puede ser relacionado y que fundamenta su desarrollo en el orden jurídico colombiano. A continuación, se expondrá su alcance histórico, su conceptualización y tratamiento en la modernidad.

Para tener una mayor conceptualización, de acuerdo por lo tratado por el jurista Rengifo (2011) según el derecho romano la fiducia hace referencia a la transmisión de una propiedad o bienes en favor de un tercero.

En este sentido, podemos decir que dentro del derecho romano se le da a la fiducia una amplia importancia a lo que es la buena fe, la confianza y la seguridad que da el trato entre dos sujetos. En esencia, el negocio fiduciario da mucho de qué hablar, pues preliminarmente nuestro ordenamiento jurídico trata este tipo de instrumento desde dos orbitas, una civil y otra comercial. Al consultar las fuentes académicas especializadas encontramos una disparidad de fuentes históricas, pues a pesar de que la fiducia (civil como mercantil) comparten un elemento etimológico común, el cual proviene del latín *Fiducia*, que significa “Confianza” según el Diccionario de la lengua castellana de la Real Academia Española (DRAE, 2021), sus orígenes son tratados como disímiles, pues una de ellas data del antiguo derecho Romano y otra del sistema anglosajón.

Consideramos entonces importante encontrar la fuente histórica primigenia de la fiducia como negocio de confianza, para ello recurriremos al antiguo derecho Romano y las fuentes especializadas en derecho mercantil, para desde allí contextualizar el alcance de estos instrumentos en la historia, asunto de vital importancia. En el proceso de fiducia participan tres actores, el fideicomitente, el fiduciario y beneficiario, siendo esto sólo posible siempre y cuando se desarrolle una serie de condiciones que se puedan cumplir, ejemplo de ello puede ser el cumplimiento de la edad, el matrimonio del hijo, hija, la muerte de la persona que desarrolla el fideicomiso civil, entre otras.

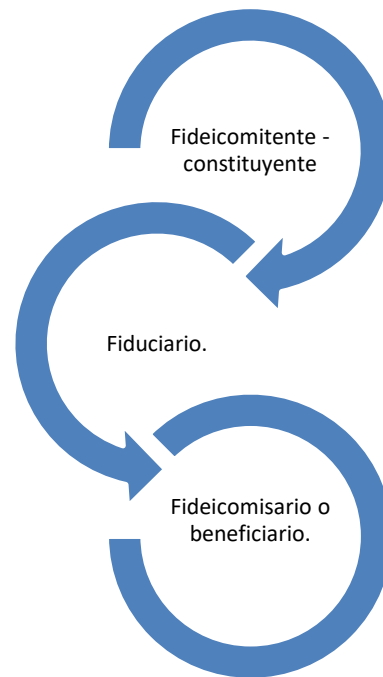


Figura 1. Acto de fiducia. Elaboración propia.

1.1. El fideicomiso en la época romana.

Los textos académicos ubican el origen del fideicomiso en Roma desde los fines de la república y comienzos del imperio (Sablich, 2010), época en la que se empezaba a reconocer al ciudadano y el derecho de propiedad, y en consecuencia, la transferencia de bienes; a partir de ello podemos decir que este contrato tuvo dos momentos importantes en la sociedad romana, un primer momento basado exclusivamente en la confianza y otro donde la confianza fue revestida de consecuencias jurídicas. La confianza (*fides*) como institución en Roma.

La fiducia en Roma tuvo una génesis no como una institución con fuerza jurídica vinculante, si no como un acto de confianza, el cual, según Terranza (1998), hacia parte de las *commendations morientum*, las cuales, si bien no implicaban una obligación jurídica, estas no se podían invocar en vano.

El gran jurista romano Cicerón, en su segunda acción contra Verres, relata el caso del señor Trebonio, que solicita a sus herederos que sus bienes al morir fueran de su hermano, que en la realidad estaba impedido para recibirlos, de este modo aunque la

figura de fideicomiso aún no existía si se veía como indigno que alguien no cumpliera con el cometido de una persona ya muerta, traicionando su palabra (Terranza, 1998),

De este antecedente surge una institución romana con fuerza jurídica conocida como la fidei committere, que no era otra cosa que la ejecución de su última voluntad, el fideicomiso al ser una “institución ajena al Ius Civile, y por tanto, no sujeta a sus formalidades y limitaciones” (Terranza, 1998, p. 949), podía de esta manera obtener lo que no se podía por testamento, se obtenía pero siempre supeditado a la confianza depositada al fiduciario de cumplir con la última voluntad del difunto.

En el testamento se forja entonces una especie de fideicomiso como acto fiduciario mortis, de modo que se pueda subsanar algunas prohibiciones que se dan al momento de emitir un testamento, desde la época clásica entonces ya existían: el testamento mancipatorio, el fideicomiso y la donación por causa de muerte

1.2. El fideicomiso como institución con alcances jurídicos en Roma.

En el Corpus Iuris Civilis no se menciona la fiducia, esta figura no es reconocida ni en la edad media ni en la moderna, pero a partir del año 1816 el historiador Niebhur identifica que en el Institutas de Gayo en el palimpsesto de Verona, se daban vestigios de la fiducia bajo el nombre “fidei fiduciae causa” que hacía referencia al testamento familiar y sucesorial y también a las relaciones comerciales (Petit, 2007).

El deudor hacía entrega de algo que le pertenecía al acreedor, con el fin de brindar garantía a la deuda que ya existía, luego el acreedor la restituía, este no era considerado un derecho real autónomo sin embargo, con la actio fiduciae, se daba una especie de hipoteca para garantizar la buena fe, a su vez, no se podía limitar el accionar.

En un principio, el derecho romano interpretó al fiduciario como el heredero aparente, el cual debía ser necesariamente beneficiario directo de la cuarta herencia, con lo cual el testador solamente contaba con una cuarta parte de sus bienes para dar en fideicomiso (Rosenfeld, 1988). Una de las grandes razones por las que se desarrolló el proceso de fiducia en época romana, fue la incapacidad que tenía las personas frente a la posibilidad de disponer de los bienes en la herencia, por lo que el negocio fiduciario permitía la facilidad del acto entre vivos siempre y cuando se cumpliera con una serie de condiciones (Rosenfeld, 1988). Podríamos ver, que el derecho romano buscó con el fideicomiso una herramienta a través de la cual se permitiera la acción de transmisión de su herencia, total o parcial, a través de un intermediario sin la necesidad u obligatoriedad de un vínculo sanguíneo o civil.

A pesar de ello, el pacto de buena fe encontraba grandes dificultades al momento del desarrollo del acto, por lo que se buscó un proceso más simple y menos desventajoso para el obligado, el contrato de prenda o pignus, de esta manera la prenda consistió en la transferencia material de una cosa mueble o inmueble del deudor al acreedor con el derecho a mantener su posesión hasta que el crédito fuese llevado a cabo (Rosenfeld, 1988).

1.3. Antecedentes del fideicomiso en Europa y Norteamérica.

Cuando indagamos en la manera en que se desarrolló la fiducia en Europa, podemos determinar que esta no tuvo grandes cambios, y que se tomó como referencia el proceso de fiducia romano, encontrando similitudes entre lo que es la fiducia civil como la comercial; en este sentido podría decirse que la fiducia se mantiene como un mecanismo occidental para la transferencia de bienes.

Una situación diferente podría decirse en el caso norteamericano, pues este basó su consolidación en el derecho anglosajón de uso común y corriente para todos los ciudadanos, a este modelo se le denominó *express trust*, el cual permite ejecutar, exigir y garantizar obligaciones, lo que brinda una herramienta de administración y disfrute de un patrimonio, que trasciende al mundo mercantil y financiero (Arboleda Beltrán y Quintero, 2018, p.18). En Latinoamérica el proceso de fiducia que se desarrolló en Estados Unidos permitió su ingreso en diferentes países, siendo los primeros de ellos, México y Panamá, posteriormente sería incluido en las demás naciones de este territorio (Arboleda Beltrán y Quintero, 2018).

El derecho anglosajón se produjo como consecuencia de su desarrollo y evolución de lo que reconocemos como *Trust* anglosajón, el cual se determinaba a través del derecho común y la equidad, pues ambos nacen como consecuencias del factor histórico y como una herramienta para generar justicia.

El *Trust* es una de las figuras jurídicas más conocidas y originales del derecho común anglosajón, que tiene grandes atribuciones en lo referente a ser una figura jurídica útil para los contratos y negocios. Este no tiene ningún tipo de definición correcta o incorrecta, sino que por el contrario, por tratarse de una figura jurídica tan particular e importante, debe de brindar un concepto general junto a las características particulares que tiene un negocio o en el caso particular de esta investigación, un fideicomiso.

A través de la convención de la Haya sobre el Trust y su ley aplicable (Azüero, 2005), si bien no se decidió un significado, este determinó una serie de características, las cuales son:

- Independencia del patrimonio,
- El Trustee es el titular de los bienes frente a terceros y;
- El Trustee tiene facultades administrativas y dispositivas, de cuya utilización debe dar cuenta (p.10).

El derecho anglosajón estructuró la figura del Fideicomiso bajo premisas diferentes de las presentadas por el derecho romano (Cardona, Castañeda y Delgado 2012), en el que el fideicomiso absorbe a la Fiducia romana, generando consigo un proceso no sólo para actos relacionados con disposiciones testamentarias sino que incluye también contratos para el cumplimiento de dicho fin.

En dicho sentido, la fiducia el derecho anglosajón nace bajo la necesidad que tenían las comunidades religiosas al darles una prohibición con respecto a la adquisición de bienes inmuebles, por lo que se desarrolla la creación de una institución denominada *Uses*, en la que las comunidades buscaban un tercero laico que compraba bienes en nombre propio pero con recursos de los grupos y comunidades religiosas.

En el derecho anglosajón, el *Uses* se convirtió en una institución análoga de la fiducia, pues devenía del compromiso de confianza que tenían las partes en torno a la consideración laica por la adquisición de bienes. En este sentido y de acuerdo a lo planteado, podríamos considerar que el *Uses* del derecho anglosajón, es una figura que permitió el *Trust* moderno.

La confianza, es entonces la principal fuente de referencia, no sólo por ser el eje fundamental por el que nació dentro del derecho romano, sino a través del cual el derecho anglosajón creó y determinó sus principales características. La principal característica del *Trust* es la coexistencia de dos derechos de dominio sobre el mismo bien, ya que por un lado tiene el derecho sobre el objeto y por el otro conserva el interés que tienen en torno a las diferentes partes por los bienes en fiducia.

Una de las principales diferencias del derecho romano sobre el derecho anglosajón, en torno a lo que es la fiducia, se da esencialmente en que el primero no permitía que un bien en disputa o que está en proceso de transferencia, tuviera una doble titularidad, sino que en cambio buscaba que tanto el bien como el sujeto tuviesen una relación directa.

Es el derecho anglosajón del cual se debe tener una referencia, pues es la principal fuente de donde nace la fiducia en Colombia, de donde se relaciona y a través del cual se constituye dicho proceso de confianza entre las diferentes partes.

1.4. Antecedentes de la fiducia en el caso latinoamericano.

El fideicomiso tiene una aceptación fundamental en cualquier espacio, y es que se trata de un proceso basado en la teoría anglosajona del derecho, la cual indica que el fideicomiso es un acto de confianza (trust); ello indica una relación de derecho civil de herencia que parte del derecho romano y su posición de transmisión de bienes.

De acuerdo con Gonzáles (2008), el principal precursor de este concepto fue el panameño Ricardo J. Alfaro, quien impulsó la ley panameña de fideicomiso de 1925, y el cual influyó en la construcción de leyes en los demás países de la región, trayendo consigo la bancarización a partir de la misión Kemmerer, concibiendo las secciones o departamentos de comisiones de confianza.

Hay que entender que la influencia que se da en el caso Latinoamérica desarrolla grandes diferenciaciones entre el derecho civil y el derecho comercial, entendiéndose que el primero tiene una mayor influencia por parte del derecho romano y el segundo parte de lo que es el derecho anglosajón. En países tales como Chile, Ecuador, Colombia y Venezuela, se recoge el proyecto de Código Civil de Andrés Bello, el cual determina la propiedad fiduciaria dentro del derecho civil, el cual significa al fiduciario obtener todos los beneficios derivados de la propiedad hasta el momento en que debe transferir al fideicomisario, siendo derechos de expectativas y no derechos negociables o transferibles (Gonzáles, 2008)

Históricamente Panamá es el segundo país en haber adoptado una ley de fideicomiso, después de México, proyectada en 1925 presentada por Ricardo Alfaro, posteriormente adaptada en 1928 en Puerto Rico; en el caso de Venezuela este se da a través del tratadista Roberto Goldschmidt quien del 23 de julio de 1956. Ecuador presentó un caso similar al de Colombia, el estatuto de esta actividad profesional viene determinado por las disposiciones del título XV de la Ley de Mercado de Valores.

Argentina tiene su antecedente en el artículo 2662 del Código Civil, el cual es una recolección de lo que se había realizado en el código de comercio de Colombia, la ley de Panamá y el Código Civil de Quebec. La república de Perú no tuvo nunca una referencia en el Código Civil a la propiedad fiduciaria, al igual que en otros países la figura se utiliza para emprender titulaciones (Gonzáles, 2008),

Al realizar un comparativo entre la manera en que se presenta el fideicomiso en la región, se puede determinar que todos tienen grandes rasgos comunes, esto en esencia, porque se basa en el derecho romano y anglosajón; la misión Kemmerer fue un influyente en Colombia, y ello tuvo grandes replicas en el resto de los países. Ello explica la razón para que incluso las aplicaciones fiduciarias, se utilicen para la inversión, la garantía inmovilidad y doctrina; en muchos casos se trata de un proceso que van desde fondos de

fomento microempresarial, agrícola, productivo, manejo de fondos de dinero, entre otros, ello basado en las ideologías y políticas económicas de cada uno de los países de la región.

1.5. Antecedentes en el caso colombiano.

Los negocios fiduciarios se adaptan a partir de un esquema contractual propio bajo la concepción angloamericana, la cual a sido la base para la construcción de un panorama jurídico colombiano, amparado en las instituciones civiles que consagra la ley, y que tiene incidencia en el proceso de fiducia civil. Bajo esta premisa, al desarrollar un estudio del proyecto Kemmerer, el cual es un proceso que buscaba dar fuerza al papel de las instituciones bancarias y financieras, en este sentido, brindaba una serie de recomendaciones en torno a leyes y proyectos que dan base a la fundamentación de la propiedad y al traspaso de los mismos.

El proyecto Kemmerer, toma como referencia el proceso anglosajón y estadounidense, que bien no se diferenciaba del proceso latinoamericano, el cual adaptaba un negocio fiduciario de acuerdo a las practicas civiles que tenía la región, las cuales de acuerdo a lo tratado por Gonzáles (2019), debía ser inflexible, centrándose en cuales serían los aspectos patrimoniales de la fiducia, el tratamiento de la propiedad a partir del derecho americano.

El primer contexto que buscamos referenciar será el de la reforma financiera de 1923, Ley 45 de 1923, desarrollada y presentada por el gobierno de Pedro Nel Ospina, el cual buscaba el desarrollo de la banca y su supervisión; esto se presenta después de la visita de la misión Kemmerer, la cual buscaba el fortalecimiento de la institucionalidad y del papel de Estado.

Este proceso permitió que los bancos pudieran desarrollar una serie de operaciones financieras, de estas podrían destacarse las cuatro líneas de negocio: sección bancaria para el manejo del ahorro y crédito y negocios afines, tradicionales del giro bancario, sección fiducia y una especial sección de ahorros (Gonzales, 2019). Esto permitía que la industria bancaria tomara control con respecto al proceso de fiducia mercantil, mientras que el civil se encontraba en una incógnita con respecto a la manera en que debía llevarse a cabo, pues el código civil de 1887 si bien contaba como referente, no tenía la capacidad normativa suficiente para el desarrollo del acto de fideicomiso.

Esta ley debe observarse como un primer acercamiento interpretativo que se presenta en la adecuación de una figura jurídica que aparece bajo la influencia anglosajona y Estadounidense, pero a pesar de ello, esta no contaba con bases sólidas para la transacción fiduciaria, sino por el contrario, dejaba grandes vacíos e

interpretaciones para un proceso que en muchas ocasiones se trataba bajo un concepto de “costumbrismo”, es decir, bajo criterios de así se ha desarrollado y así debe de mantenerse.

Esta situación derivó en grandes problemas e inconvenientes, de los cuales se deriva la confianza utilizada en el texto normativo, pues el mismo no hacía referencia o no era claro en términos si el encargo era un negocio por sí mismo o si era una forma de enlistar y agrupar una serie de negocios que se incorporaban a las operaciones fiduciarias. Si bien se trataba de un proceso que el orden nacional había bancarizado, el concepto básico de la fiducia se mantenía, pues era necesario el desarrollo de la transacción a partir de un acuerdo de partes, más adelante se podría tratar las diferencias que podrían encontrarse dentro de esta ley y lo consagrado por el Código Civil Colombiano con la propiedad fiduciaria civil.

Antes la fiducia eludía las leyes de personas que ya habían fallecido, en si se presentaba como una misión de confianza que el fiduciario aceptaba, en el common law, no se daban sanciones por la disposición de depositar confianza en alguien. (Claret, 1946)

Si bien la normatividad colombiana, daba un cimiento para el desarrollo de la fiducia, este no contaba con bases sólidas y se mantenía bajo la concepción de la confianza de los participantes de la transacción. El proyecto normativo de la Comisión revisoría de 1958, buscó dar respuesta a las incógnitas presentadas dentro del proyecto de ley (González, 2019), el cual denominaba la “realidad efectiva del negocio de fiducia”, el cual llevaba a que la constitución del fideicomiso supone la enajenación de bienes al fiduciario con el fin de su administración, posterior enajenación o cualquier otro fin lícito.

El texto propone la posibilidad de la transferencia por el constituyente de los bienes, lo que posibilita la transferencia de bienes de manera universal, y esto a su vez, considera un rompimiento al esquema tradicional de transferencia del patrimonio personal enseñado en Colombia y sólo permitido para casos especiales como lo podría ser la sucesión o la liquidación cuando no exista la persona jurídica, como sucede en casos de las sociedades.

Esta comisión trató el dilema del doble derecho de dominio que se encuentra en el derecho anglosajón, dado por la propiedad legal y de equidad (González, 2019), pues la discusión presentaba o le daba una gran importancia en relación con los patrimonios autónomos derivados del negocio fiduciario, pues no se daba una claridad con respecto a la naturaleza de la propiedad dentro de la acción propia de fiducia, a este se le concibió como un atributo inherente a la personalidad en materia jurídica.

De acuerdo con (González, 2019), la comisión logró resolver la dificultad de dos maneras, la primera de ellas a partir de una titularidad “eventual”, lo que para el derecho anglosajona definía como propiedad de equidad, explicándolo a partir de la disposición que tiene el bien de fideicomitido, pues su uso por parte del fiduciario sólo es posible siempre y cuando exista un título oneroso, de lo contrario, el fideicomisario podrá perseguirlo en manos de los terceros adquirentes.

A pesar de ello, existía una dificultad al momento de determinar la disposición indebida por parte del fiduciario, por lo que era necesario articular la información necesaria para evitar el daño patrimonial.

El segundo punto rescataba que los fondos provenientes del fideicomiso debían mantenerse separados del resto del activo del fiduciario, normativa que se mantiene en el Código de Comercio y de la cual se infieren algunos de los efectos del patrimonio autónomo. Situación que permite inferir que el código permitió el nacimiento y la determinación para la dogmática jurídica y a la conceptualización en torno al proceso del fideicomiso; si bien es un hecho importante y vinculante dentro de lo que se quiere llevar a cabo, es necesario aclarar que en ningún momento se hace referencia alguna en lo específico al patrimonio autónomo ni a las reglas redactarías o a una explicación del proceso (González, 2019); situación que si bien no era necesaria para la época, si es importante en el contexto actual, donde existe una serie de discusiones entre las diferentes entidades que comprenden el acto de fiducia.

Esta situación se debió en gran medida a que la jurisdicción colombiana no trato en esencia sus necesidades, si no que en cambio, adaptó a partir de lo que fue la Misión Kemmerer, que no tenía otro objetivo más que fortalecer las instituciones monetarias y financieras del Estado, recomendaciones que fueron aprobadas sin ser discutidas por parte del congreso nacional (González, 2019), pero que si bien dio un aporte, también generó discusiones al proceso de fiducia; la Ley 45 de 1923 no contempla o no seguía enfáticamente en los aspectos patrimoniales y en los aspectos propios de la estructura jurídica del negocio, y en cambio, es ante todo un negocio que refuerza la actividad de servicios por vía de la gestión bancaria.

Estas discusiones en el caso colombiano se trasladaron a ser solucionadas a partir de la practicidad más allá de lo conceptual y dogmático, lo que hace que se presente discusiones en torno a quién tiene la última palabra en la toma de la decisión dentro del proceso o el acto de fiducia.

Llega entonces el Código de Comercio colombiano de 1971, el cual da una construcción legal del patrimonio autónomo en la fiducia, sus tensiones y debates, entendiéndolo que este va más allá de lo que la Ley 45 de 1923 logró desarrollar y lo que pudo realizar la comisión, que aunque permite el “patrimonio relativamente autónomo”

para referirse a los activos dentro del fideicomiso y los derechos del beneficiario, no se encuentra en su contenido, normas o algo parecido a los efectos del incumplimiento en el marco del contrato de fiducia.

El Código de Comercio de Colombia trata en su artículo 1226 el concepto de fiducia mercantil, el cual contempla que es un negocio jurídico que lleva a cabo una empresa comercial, con una actividad económica organizada, cuyo objetivo es permitir la obtención de beneficios. Los fideicomisos comerciales, los fideicomisos de inversión y los fideicomisos de transacciones inmobiliarias se considera que desarrollan un negocio de naturaleza comercial. El fiduciario administra la propiedad en los términos establecidos en el acto constitutivo. Por lo tanto, el beneficiario tiene, tiene esencialmente la misma misión que el administrador de una corporación comercial (Código de Comercio Colombiano, 1971).

Con la aparición del Decreto 410 de 1971, determinado como el Código de Comercio colombiano, el primero en determinar un artículo que pueda dar referencia con respecto a lo que es el acto de fiducia, indicando que se completa a través de la transacción de 3 sujetos determinados como fiduciante, fiduciario y fideicomisario, la cual sólo podría enajenarlo siempre y cuando se completara una acción concreta.

El Código de comercio estableció las primeras pautas para el desarrollo de un civilista, y evidencio que el concepto de patrimonio autónomo es un elemento que se configura aún más allá de lo meramente mercantil, y es posible encontrarse en el intercambio de bienes propios de la fiducia civil.

Los años posteriores llevaron una serie de discusiones entre lo que establecía el código civil, el código mercantil y lo determinado por las superintendencias, pues cada una desarrolla una concepción muy diferente del acto de fiducia, y generan incertidumbres con respecto a la aceptación en el marco normativo.

1.6. Sustento histórico de la fiducia mercantil, fiducia civil y encargo fiduciario.

Si bien, la regla general de todos los negocios jurídicos mencionados es que gozan de la caracterización como negocios de fe, por ello es pertinente diferenciarlas con el encargo fiduciario, figura que consiste en que una persona entrega la administración de sus bienes a un fiduciario, el cual solo se encarga de una mera administración y queda siendo un mero tenedor.

En el encargo fiduciario, se trata de un contrato donde el fideicomitente entrega a la sociedad Fiduciaria una serie de bienes con el fin de lograr una finalidad determinada, sin embargo, dicha entrega no significa el traspaso de los bienes mismos. Este tiene como primera fuente de referencia la ley 45 de 1923 que rigió hasta la ley 45 de 1990,

estableciendo la sección fiduciaria de los establecimientos bancarios que tomaban, aceptaban y desempeñaban encargos de confianza, los cuales eran totalmente legales.

Posteriormente se establecería la fiducia mercantil, la cual establece una serie de referencias aún más fuertes, con respecto al papel que cumplen las entidades bancarias; en este sentido, se da la fiducia mercantil, la cual se establece como un contrato fiduciario donde el fideicomitente transfiere la propiedad de uno o más bienes a la Sociedad Fiduciaria con la finalidad de lograr el cumplimiento de unos objetivos determinados, los cuales se determinan a través del contrato.

Los bienes entregados al fideicomiso conforman un patrimonio autónomo separado del patrimonio del fideicomitente como de la sociedad; este tipo de fiducia, da pie para el establecimiento y enmarcación de los negocios administrativos y de fuente de pago.

Los bancos inician por primera vez la gestión de este encargo con la entrada en vigor de la ley 51 de 1918 artículo 18, donde empezaron a asumir la responsabilidad de disponer de los negocios de terceros. Luego, en el año 1923 con la Ley 45 de 1923, se estableció una sección fiduciaria dedicada a esta figura y como debían asumirla los bancos, dando paso a tomar encargos fiduciarios, con los actos de tomar, aceptar y desempeñar los mismos que les sean entregados en confianza. Así, la ley en mención se encargó de precisar taxativamente las diligencias que podía materializar las secciones fiduciarias.

Curiosamente la ley en mención tomó al encargo fiduciario como una especie de mandato que podía ser con o sin representación pero lo más relevante fue que el legislador de aquel entonces reguló esta figura con tanta extensión que llevo a que el sector bancario no se interesará por desarrollar realmente lo que era en aquel tiempo la fiducia bancaria, lo que trajo como consecuencia dejar a un lado el desarrollo de la Fiducia Mercantil, solo hasta finales de la década 90 con la Ley 45 de 1990 se dio un gran giro para entender la dimensión de las dos figuras -encargo y fiducia mercantil- y a la vez poderlas diferenciar. (Gonzales y Cubaque, 2000)

En la ley 45 de 1923 estableció al encargo fiduciario como una especie de mandato que podía tener o no representación, y también lo aproximó a la figura anglosajona conocida como *trust* el cual tratamos de manera previa. Una situación singular se dio en el sentido en que el encargo fiduciario tuvo una conceptualización bastante amplia, y conllevó al nacimiento de la fiducia mercantil, pero sólo fue hasta finales del siglo en la década de los 90s, en la que se profirió la Ley 45 de 1990 la que dio un cambio en relación a la figura jurídica a fin de dar una separación de lo que es la fiducia mercantil y el encargo fiduciario. En el encargo fiduciario no se da la transferencia de bienes, ni hay patrimonio autónomo, la mera tenencia no se da solo para el propietario sino que se presenta en

nombre del propietario, no hay transferencia del derecho de dominio (Gonzales y Cubaque, 2000).

A diferencia de la fiducia mercantil y el encargo fiduciario, la fiducia civil, tiene una temporalidad más antigua en la legislación colombiana, pues el mismo se establece en el artículo 4to de la ley 57 de 1887, más conocido como código civil, el cual constituye y establece los lineamientos para el proceso de fiducia.

La fiducia civil, a diferencia del mercantil y del encargo fiduciario, no ha tenido mayores modificaciones en el tiempo, pues el código civil mismo no ha tenido ningún tipo de reforma con respecto a su estructura o fondo, pues a lo mucho y como hemos venido mencionado, se ha tratado de una serie de discusiones entre las entidades tratantes del proceso de fideicomiso.

La fiducia mercantil procede una serie de negocios a unos más amplios, los cuales pueden referirse al uno o al otro, de los cuales podría destacarse:

- Fiducia de inversión. Consistente en la administración de un capital o portafolio de títulos entregados por el fideicomitente a un fiduciario para que éste los administre, invierta o coloque según las instrucciones impartidas por el primero en beneficio de él mismo o de un tercero asignado.
- Fiducia de administración, hablamos de este cuando en virtud de las partes se entrega bienes a una sociedad fiduciaria, se transfiere o no la propiedad, para que sean administrados o desarrollados por la gestión encomendada por el constituyente.
- Fiducia inmobiliaria, se da administración de recursos en un proyecto inmobiliario.
- Fiducia de garantía, se da cuando alguien entrega o transfiere a una sociedad fiduciaria bienes con el fin de garantizar una obligación con terceros.

En este sentido, podemos establecer que las diferencias entre la fiducia mercantil, el encargo fiduciario, y la fiducia civil, proponen un negocio donde participan tres tipos de actores, pero que tienen un mismo objetivo, el cual es el traslado de un bien de un sujeto a otro, siempre y cuando se cumpla una condición determinada desde un principio. De este modo hay una diferencia entre la fiducia mercantil y el encargo fiduciario ya que en el último no se presenta una transferencia verdadera de bienes o propiedad, solo se realiza una entrega conocida como patrimonio autónomo, no se transfiere el derecho de dominio pero en el fiducia si se presenta una efectiva transferencia, en el fideicomiso el beneficiario tiene la propiedad de los bienes cuando se cumpla la obligación con el fideicomitente, en el caso mercantil se da un patrimonio autónomo con su propia personalidad jurídica.

Capítulo 2.

2. Alcance de la fiducia civil desde la normativa colombiana.

La fiducia civil se encuentra consagrada en los artículos 793 y siguientes de la Ley 57 de 1887, el cual, al ser un derecho real, definido por José J. Gómez (s.f.) como: **“el poder jurídico total o parcial sobre una cosa, con cargo de ser respetado por todos”** (p. 114) (Negrillas propias) no es más que la relación jurídica existente e *ipso facto* entre una persona y un bien, la cual debe ser respetada por todos los otros individuos, pues este produce efectos erga omnes. Es importante recalcar, que para que se configure el nacimiento de un derecho real, debemos estar hablando de cosas determinadas y corporales, que sean tangibles para el hombre, por lo que no se puede pregonar la existencia de derechos reales que recaigan sobre cosas incorpóreas; como la propiedad industrial e intelectual o como los derechos que se ejercen sobre la universalidad jurídica llamada herencia.

Como bien se dijo anteriormente, los derechos reales otorgan ciertos atributos para sus titulares que producen efectos erga omnes, por lo que podríamos concluir que estos son de carácter absoluto, y que conceden la facultad de persecución y de preferencia, Velásquez (1998), establece que mediante la persecución se persigue una cosa en donde se encuentre y en manos de quien esté. No obstante y como lo veremos más adelante, la figura de la fiducia civil acarrea para el propietario fiduciario un derecho real, como consecuencia de la relación jurídica que tiene entre sí con la cosa sometida a la fiducia. Ahora bien, el fideicomiso consiste en la creación de una propiedad fiduciaria, según el art. 665 “el gravamen de pasar a otra persona bienes por la ocurrencia de una condición” (Código Civil Colombiano, 1873) La cosa que se constituye en propiedad se llama fideicomiso y la restitución es el traslado a la persona favorecida por el fideicomiso.

No obstante a lo anterior, el Código Civil debe leerse de manera sistemática y teniendo en cuenta que el mismo fue redactado de manera ejemplificadora, es decir, su lectura no puede ser literal, pues el fin de esta codificación fue plasmar supuestos de carácter hipotético y que de éstos de una manera lógica deducir el alcance de cada figura, cierto es entonces, lo determinado por Ulrich Klug, en su obra sobre la Lógica Jurídica, al decir que “sólo la lógica permite establecer cuándo se da en general un auténtico sistema, y qué sentido tiene el hecho de que un dominio del conocimiento se sistematice” (Klug, 2004, p.3). Así las cosas, en la lectura sistemática de los artículos 793 a 822 del Código Civil, en este contrato pueden existir tres partes, una denominada constituyente, que es aquel que condiciona el traslado de un bien de su propiedad a un beneficiario (fideicomisario), y que la administración de dicho bien, puede ser ejercida en cabeza del mismo constituyente o designar un fiduciario, que es una tercera persona a la cual se le

transfiere la propiedad, supeditada a que una vez cumplida la condición deberá restituirla al beneficiario o si ésta falla al constituyente, esto según los arts. 793 y 822 del Código Civil, por su parte el artículo 807 dice que cuando haya ausencia de fiduciario, el designado seguirá gozando de la propiedad el constituyente o sus herederos

En otras palabras, si se designa un fiduciario este tendrá el dominio del bien a título de propiedad fiduciaria y podrá disponer de dicho bien con la sola condición de respetar el gravamen a la propiedad, es decir, la condición pendiente (Código Civil, art. 810 y 817).

Sobre la transferencia a título de propiedad fiduciaria esta existía desde la época romana tal como lo relata Baena (2013) en las instituciones traídas por GAYO denominadas como “*fiducia cum amico contracta*” y “*fiducia cum creditore*”, cuya diferencia entre ellas no era otra que la onerosidad, pero en ambos casos se trasladaba “el dominio de los bienes al fiduciario”. Resulta lógico entonces que el artículo 1677 del Código Civil determine que no se puede embargar la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.

Entonces al fiduciario no le son oponibles los créditos del constituyente, pues a éste el bien fideicomitado salió de su patrimonio, además los créditos del fiduciario tampoco podrán ser prenda general de sus acreencias por expresa disposición legal, así las cosas, solo podrá perseguirse los bienes con este gravamen de fiducia cuando se haya constituido garantía real sobre la propiedad fiduciaria (Ley 57, 1887, art. 810). Es importante resaltar que mediante Circular Administrativa # 19 del 15 de agosto de 2018, la Superintendencia de Notariado y Registro determinó que cuando exista un tercero fiduciario distinto al mismo constituyente el bien estará revestido de inembargabilidad.

Ahora bien, las fiducias civiles, por disposición normativa, deben elevarse a documento público ante notaría, incluso en el caso bienes muebles. De igual forma se resalta el artículo 2491 del Código Civil, el cual determina que los acreedores que sientan que mediante cualquier contrato o acto sus deudores busquen defraudar la prenda general podrán buscar “la rescisión del negocio en el término de un año contados desde la fecha del negocio jurídico”. Art 2491.

2.1 Concepto de Fideicomiso Civil o Fiducia Civil y su carácter de inembargabilidad.

Amparados por lo dispuesto en el artículo 794 del Código Civil, nos encontramos que “Se llama propiedad fiduciaria a la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición”. _Mediante este fideicomiso Civil, el

titular (Denominado fideicomitente) de una herencia, cuota determinada de ella, o un cuerpo cierto, traslada a otro (Denominado fiduciario) la propiedad que este tiene sobre sus bienes o activos, para que, una vez cumplida la condición a la cual se encuentran sometidos, el fiduciario traslade, a través de una traslación de propiedad el dominio de esta a un tercero llamado fideicomisario. Dicho traspaso del dominio o propiedad de estos bienes fue denominado por el legislador como una “restitución”, figura en la cual nos detendremos más adelante para definir y explicar su alcance.

El Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Luis Armando Tolosa Villabona, en su aclaración de voto de la Sentencia STC 13069-2019 al referirse sobre el contrato de fiducia civil manifiesta que se da una condición para que el bien pase desde el constituyente al beneficiario, teniendo presente el principio de buena fe (Sentencia STC 13069,2019)

Ahora, el fideicomiso es un contrato civil en donde se ve agravada la propiedad para transferirse a un tercero, se debe hacer entre vivos según el art 796 de Código Civil, cuando se afecta un inmueble se debe registrar la escritura pública, allí se alteraría la titularidad de la propiedad, pero el fiduciario no la adquiere de una forma plena sino que tienen un dominio limitado (Código Civil Colombiano, 1873).

El fideicomiso hoy puede generar utilidades, una existencia perpetua, y los beneficiarios, como los accionistas de una empresa, están dotados de responsabilidad limitada. Por tanto, es interesante preguntarse por las ventajas y desventajas del uso del fideicomiso como vehículo legal para el funcionamiento de un negocio, pues, a priori, el fideicomiso parece constituir una técnica organizativa enteramente técnica. La compartimentación patrimonial es aquí perfecta, como para la persona jurídica, en realidad, sólo el fideicomiso constituye un patrimonio real de cesión.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia STC 13069-2019, definió sobre el fideicomiso civil, resaltando que se dan dos funciones simultaneas que son el derecho de propiedad del beneficiario que a su vez es resolutoria porque se devuelve el derecho previamente adquirido.

Si mencionamos al fideicomiso civil como una forma de gravar o limitar la propiedad, nos referimos a que la propiedad fiduciaria queda excluida de la prenda general de los acreedores, tanto del fideicomitente como del propietario fiduciario, eso sí, haciendo la salvedad, como bien se indicará más adelante, que para que un bien mueble o inmueble sea excluido como garantía para responder frente a los acreedores del fideicomitente, deberá este designar a un propietario fiduciario para que los bienes gravados salgan de su propiedad para ser administrados por un tercero mientras se resuelve la condición, pues como lo dispone el artículo 793 del Código Civil: Modos de

Limitación. El Dominio puede ser limitado de varios modos: 1°. Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición.

Es indispensable anotar que dicha manifestación jurídica está encaminada a impedir que se realicen actos sobre los bienes inmuebles, como su nombre lo indica, la finalidad es limitar la propiedad hasta que se cumplan ciertos requisitos, plazos o condiciones. En concordancia con dicha norma, el artículo 1677 del Código Civil, reza en su numeral 8: La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables. No son embargables: 8°) La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente. (Código Civil Colombiano, 1873).

Es importante realizar una distinción entre los patrimonios del fiduciante y fiduciario para evitar que este último cubra sus propias acreencias con bienes que no son realmente suyos, pues el dominio de dichos bienes no se traspasa de forma total.

Ahora, es de anotar que dicha inembargabilidad de los bienes cuyo dominio se encuentra limitado bajo la figura del fideicomiso no es absoluta, pues la relación jurídica entre el fiduciario y el fiduciante debe transmitir, aunque no en su totalidad, la titularidad del derecho real de dominio, por lo cual dicha inembargabilidad no puede pregonarse cuando la calidad de fiduciante y fiduciario recae sobre la misma persona, por lo que solo es aplicable dicho precepto normativo para los bienes que el deudor posea fiduciariamente.

En la citada Sentencia STC 13069-2019 de La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la Corte manifiesta que, si propietario pretende transmitirse la propiedad fiduciaria, no se da transferencia porque no puede obligarse con el mismo, ni transferirse un dominio que se limitó.

Por lo que, puede constituirse un fideicomiso civil sin designar un fiduciario, motivo por el cual el constituyente o fiduciante ocuparía su lugar de preservar el bien y transferirlo una vez se cumpla la condición a la cual lo sometió, pero en este caso, los acreedores podrán solicitar el embargo de los bienes que hacen parte del fideicomiso, porque no se constituye una posesión fiduciaria.

2.2 Naturaleza del fideicomiso civil ¿Contrato o acto unilateral?

Como bien se dijo en los apartados anteriores, el fideicomiso civil necesita de tres intervinientes o partes para formarse, como lo son: El fiduciario, fiduciante y fideicomisario. El fiduciante o también conocido como constituyente es la persona que, en ejercicio de la facultad de uso, goce y disposición sobre sus bienes, los grava a favor de un tercero, el cual no debe comparecer al momento de la formación del Fideicomiso,

este lo hace de manera posterior, una vez se cumpla la condición a la que está sometida el gravamen, para rechazarla o aceptar su restitución.

No obstante, la figura de la fiducia civil puede generar diversas interpretaciones sobre su naturaleza, pues como se dijo al inicio de este capítulo, la constitución de la propiedad fiduciaria y el gravamen de los bienes se logra por la manifestación de la voluntad del fideicomitente, en virtud de su relación inmediata con el bien o la cosa que se encuentra sujeta a la condición, ejerciendo su facultad de uso y disposición, limita su propiedad con la finalidad de que esta pase a un tercero una vez se cumpla la condición. La Corte Constitucional, en sentencia del Magistrado Jaime Araújo Rentería, que el dominio o propiedad es un derecho completo y real, y se da sobre bienes tangibles e intangibles (Sentencia C 189/2006) De la anterior definición dada por la Corte Constitucional, podemos concluir entonces que, entre el fideicomitente y sus bienes, sean muebles o inmuebles, existe un derecho real, gracias a su relación directa, por lo que este puede disponer y limitar su patrimonio a su arbitrio, con la plena manifestación de su voluntad y cumpliendo los requisitos que se mencionan más adelante.

De igual modo, al realizarse la transferencia del dominio de los bienes muebles o inmuebles sometidos al negocio fiduciario celebrado por un acto entre el fideicomitente y el propietario fiduciario, se genera para este último un derecho real sometido a una condición resolutoria, como bien lo expresa Velásquez (1998) en Colombia se admiten derechos reales originados en la ley, el proceso adquisitivo crea el derecho real.

Por otro lado, el artículo 1536 del Código Civil, define la condición resolutoria como aquella que extingue una obligación una vez se da su cumplimiento: Artículo 1536. “Condición suspensiva y resolutoria. La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho” (Ley 57, 1887, art 1536). De la anterior definición dada por el Código Civil, podemos inferir que el propietario fiduciario al adquirir un dominio limitado de los bienes también adquiere un derecho real sobre los mismos, pero una vez se resuelve la condición a la que fue sometida la propiedad fiduciaria, este se extingue de la vida jurídica. Según el libro “Modalidades de las obligaciones, la condición resolutoria es por el contrario el hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de la obligación, una vez acaecido el hecho, el derecho se suprime de la vida jurídica” (Castro y Calonje 2015 p, 22).

Ahora bien, una vez establecido que en la fiducia civil los derechos reales tienen una relación directa entre el fideicomitente y su facultad para gravar o limitar sus bienes, resultada indispensable mencionar que en dicha figura jurídica también posee una relación directa con los derechos personales, pues una vez constituido el fideicomiso, este implica una relación entre sujetos de derecho, como lo son el fideicomitente y el propietario fiduciario. El Código Civil, en su artículo 666 define que los derechos

personales se reclaman al tenerse obligaciones correlativas, un ejemplo sería el derecho del prestamista.

Para comprender un poco más sobre la noción de los derechos personales y su importancia en la fiducia civil, debemos referenciar que estos reclaman del deudor de la obligación el cumplimiento de una prestación, que puede manifestarse en dar, hacer o no hacer determinada acción:

Son tres los elementos del derecho personal: 1) un acreedor [creditor], en cuyo favor se constituye la prestación; 2) un deudor [debitor] obligado a cumplirla; 3) una prestación, que puede ser de dare, cuando implica la transferencia del dominio o constitución de otro derecho real; de facere, cuando significa un hacer, como la obligación de firmar la escritura pública en la promesa de compraventa de un inmueble; de non facere, cuando la conducta del obligado es una abstención, como sería la del vendedor que condiciona la venta a que el comprador no le instale un negocio similar al ofrecido dentro de cierto tiempo. (Velásquez, 1998, p. 71)

En el marco normativo y legislativo colombiano, nos encontramos con la existencia de ambos derechos, tanto reales como personales, los cuales son acogidos en el marco de la denominada teoría dualista o tradicional, pues esta define estos derechos como autónomos, independientes y diferenciables entre sí. En el derecho real no debe intervenir otra persona que no se su titular, pero en el derecho personal intervienen los que componen la relación jurídica como el sujeto activo y el pasivo (Velásquez, 1998).

Los derechos personales encuentran su origen en las denominadas fuentes de las obligaciones, las cuales nacen del hecho ilícito y de los negocios jurídicos, es decir, los cuasicontratos, contratos, delito y cuasidelito, mientras que los derechos reales se originan de los modos de adquirir, como lo son la ocupación, la tradición, la accesión, la prescripción adquisitiva, la partición de derechos sucesivos. No obstante, según se establece en unos de los elementos esenciales de los derechos personales, la ejecución de una prestación que sea derivada de dar algo, puede acarrear como consecuencia el nacimiento o la modificación de un derecho real.

Ahora bien, una vez establecido que la fiducia civil es el gravamen para trasladar la titularidad de un bien en virtud del cumplimiento de una condición, y entendiendo la condición como aquel hecho futuro e incierto, valdría la pena preguntarse qué pasa en aquellos casos en los que el fideicomiso se constituyó por toda la vida del propietario fiduciario, ¿estamos frente a una condición o a un fideicomiso sujeto a plazo? A simple vista podría decirse que el fideicomiso se encuentra condicionado a la muerte del propietario fiduciario, pues de esta depende la existencia y la resolución del negocio jurídico celebrado entre las partes; esta pregunta resulta fundamental para nuestro trabajo investigativo, pues el artículo 801 del Código Civil, establece que: Disposiciones a día.

Las disposiciones a día que no equivalgan a condición, según las reglas del título de las asignaciones testamentarias, capítulo 3º, no constituyen fideicomiso. Para dar respuesta a esta pregunta, resulta fundamental mencionar que, a diferencia de la condición, el plazo se encuentra compuesto por un hecho igualmente futuro, pero cierto o que se tiene la certeza respecto a este último; el Artículo 1139 del Código Civil, establece en su párrafo 2º las diferencias entre plazo determinado e indeterminado.

De lo anterior podemos concluir, que el fideicomiso que se resuelva mediante la muerte de algún sujeto es un fideicomiso fijado a plazo, por lo que se configura una excepción a la regla general.

Existen diversas formas de constituir una propiedad fiduciaria, como puede ser por testamento, acto jurídico unilateral o mediante acto entre vivos, pero como lo señalamos anteriormente y según las indicaciones emanadas del artículo 796 de Código Civil, debe realizarse en forma solemne, por escritura pública registrada ante la oficina de instrumentos públicos, pues dicha declaratoria limita o grava un bien inmueble, así lo establece el artículo 4 del Decreto 1579 de 2012, en el cual se establecen cuáles son los documentos o actos jurídicos que deben ser sujetos de registro, especificando que están sujetos a registro todo acto, contrato, decisión contenida en escritura pública,

Por lo que el título es el acto jurídico que crea o modifica una obligación, para que luego actúe el modo de adquirir el derecho real de dominio.

Para los casos en los cuales se constituye un fideicomiso sobre un bien mueble, este debe realizarse igualmente mediante escritura pública, la ley no lo exime de dicha solemnidad, aunque en este caso no debe realizarse el registro en la oficina de instrumentos públicos.

2.3 Concepto de acto unilateral.

Así pues, encontramos que la naturaleza jurídica del fideicomiso se encuentra clasificada en un acto de carácter unilateral cuando se constituye por disposición testamentaria, es decir, aquel en el cual media solo la voluntad de un agente, llamado fideicomitente testador, quien dispone de su patrimonio de forma libre y consciente para actuar, cuya validez no depende de otros actos jurídicos y que tienden a producir efectos, como lo son: La creación, modificación, extensión o conservación de derechos y obligaciones. Los elementos esenciales de los actos unilaterales son: “a) la manifestación de voluntad unilateral; b) realizada por un solo sujeto; c) que no depende de otros actos jurídicos, y d) que produce efectos para quien la realiza, que queda obligado por su propio comportamiento”.

2.4 Concepto de contrato de Fiducia Civil.

Según las definiciones emanadas del Código Civil Colombiano, un contrato es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones para las partes que lo suscriben, siendo un acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado a crear, modificar o generar derechos y obligaciones, regido por el principio de autonomía de las partes y que para su perfeccionamiento necesita solo del mero consentimiento de estas para obligarse. El artículo 1945 del Código Civil, define el contrato como: Acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas. (Ley 57, 1887, art. 1945). Como bien se explica anteriormente, en el negocio fiduciario, un sujeto (denominado fiduciante) transfiere la propiedad de sus bienes a otro sujeto (denominado fiduciario), para que este último ejerza un dominio restringido y transitorio de sus bienes, para luego transferir la propiedad al fiduciante o a un tercero denominado beneficiario, por lo que podríamos manifestar que la relación jurídica parte de dos negocios, los cuales son: un contrato con efectos reales, pues recae sobre la transferencia del derecho real de dominio de un bien al fiduciario, y un contrato que conlleva consigo efectos obligatorios para este último.

En la aclaración de voto de la citada Sentencia STC 13069-2019, El Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Luis Armando Tolosa Villabona, relaciona el fideicomiso civil como un auténtico contrato de carácter bilateral. (Sentencia STC 13069, 2019).

Ahora bien, la constitución de una fiducia civil sobre los bienes que recaen en cabeza del fiduciante debe estar revestida bajo una entidad jurídica basada en la confianza y el acuerdo de voluntades entre las partes, por lo que debe operar el traslado de las cosas dadas en fiducia a un tercero, que como bien se expuso anteriormente, las recibe en forma condicional y en circunstancias particulares asume por su propia voluntad la obligación de transmitir ese derecho real sobre los bienes cuando la condición prevista se realice. (Rengifo, 1984) Según la Doctrina Nacional, es indispensable que el fideicomitente realice el traslado del dominio de los bienes que ingresan al fideicomiso, pues de no ser así, dicho pacto no pasa de ser un gravamen a la propiedad de este, por lo que no surge ninguna obligación para otro interviniente, ni podríamos pregonar de su existencia o su validez, pues solo existe una condición emanada por y para el constituyente fiduciario. (Superintendencia de Sociedades, oficio N° 220-111308)

2.5 Consideraciones particulares del Fideicomiso como Acto.

La palabra “Acto” proviene del verbo latín “Actus”, vinculado con la palabra “acción” como la capacidad de una parte para realizar determinada tarea, que puede ser

encargada por un tercero o una manifestación material de la voluntad del agente, la cual puede recaer en obligaciones personales, sociales y patrimoniales. Por lo anterior, podemos decir que un acto es aquel que se lleva a cabo de manera consciente y de forma voluntaria con el propósito de establecer vínculos jurídicos entre las personas, con la finalidad de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos determinados.

Por otro lado, un acto obtiene su connotación de “jurídico” cuando con la intervención o la manifestación de la voluntad se producen efectos que se prevén en el ordenamiento jurídico. Estos actos jurídicos deben ser distinguidos entre individuales o colectivos, pues los primeros son realizados por una sola persona, media solo la manifestación de voluntad de un agente, mientras que los actos colectivos se producen por el concurso de varias personas; pero ambos deben analizarse si su comisión es por un acto libre, es decir, si se realiza por manifestación independiente y voluntaria del agente, o si se realiza en cumplimiento de un deber; y que su efecto material ocasiona modificaciones en el mundo exterior. Es indispensable entender entonces, que los actos jurídicos, precedidos de la voluntad humana crean, extinguen o modifican obligaciones porque así mismo lo quiere el agente, y estos efectos que dan el carácter de obligatoriedad, son producidos por la ley.

En el caso de la fiducia civil, el fideicomiso opera por medio del negocio fiduciario, el cual, según la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil del 24 de Junio de 1953, es un negocio jurídico que se fundamenta en la confianza se dice que el fideicomiso se basa en la confianza y seguridad, originado en el derecho Romano.

Podemos decir entonces que la fiducia es un mecanismo legal, basado en la confianza y la buena fe, mediante el cual se transfiere, temporalmente, la propiedad de un bien a un tercero, para que este lo tenga y transfiera a otra persona o al mismo constituyente, una vez cumplida una condición determinada y antes dicha. Dicha obligación de la buena fe está contenida en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, mediante el cual se establece que: Artículo 83: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe

En primer lugar, si las negociaciones precontractuales se caracterizan por el principio de libertad, el hecho es que están sujetas a los requisitos de la buena fe, sobre la base de la responsabilidad se puede sancionar las conductas contrarias a la buena fe durante el período de negociación. En particular, se encuentra culpa del contratista que rompió las negociaciones de forma unilateral y de mala fe. Por tanto, la ruptura de las negociaciones no es defectuosa en sí misma; se vuelve así si va acompañado de mala fe, la buena fe también juega un papel en el momento de la celebración del contrato, en particular a través de la noción de reticencia fraudulenta. La desgana engañosa se refiere al ocultamiento voluntario por parte de una parte contratante de información que es decisiva para el consentimiento de la parte contratante, en otras palabras, el contratista conocía información tan importante que teniendo conocimiento de esta información, el

contratista no habría concluido el contrato, dicho silencio vicia el consentimiento de la parte contratante y, por tanto, constituye un fraude.

De lo anterior también lo indica el Doctor Luis Guillermo Velásquez Jaramillo, (1998) “El poseedor está amparado en la presunción de buena fe, es decir, tiene derecho a que se le trate como poseedor regular, presunción que obviamente admite prueba en contrario” (p. 112).

2.6 Participes del fideicomiso Civil.

Como se indicó anteriormente, todo acto jurídico necesita de partes o intervinientes para lograr su formación, pues son estos los encargados de darle vida o materializar su voluntad de crear, modificar o extinguir una obligación; ya sea para estos o para otra parte o interviniente. En el fideicomiso Civil, según como lo dice la legislación Nacional, se permite que este se configure en una estructura tripartita o bipartita, pues en la primera hablamos de la coexistencia de tres intervinientes, como lo son: Fideicomitente (Constituyente), fiduciario y fideicomisario, y en la segunda, basta solo con la manifestación del fideicomitente quien puede ocupar el lugar del fiduciario y la existencia de otro fideicomisario o beneficiario.

Para este punto de nuestra investigación, se hace entonces útil identificar cada una de las partes en la estructura tripartita, la cual también es esbozada por la legislación y la jurisprudencia Nacional, explicando sus obligaciones y su papel en la figura del Fideicomiso Civil, así:

Fideicomitente: También llamado settlor o trustor por el derecho angloamericano, es la persona natural o jurídica, que encomienda a otra persona o a sí mismo, una gestión determinada sobre uno o varios de sus bienes, para el cumplimiento de una finalidad, la cual consiste en trasladar a un tercero el dominio y la propiedad de su patrimonio, una vez se haya cumplido la condición a la cual fue sometida.

De lo anterior, podemos inferir entonces que el constituyente es la persona que haciendo uso de su facultad de propietario, limita y grava sus bienes a favor de un tercero, que como bien se ha indicado a lo largo de este trabajo investigativo, se hace con la finalidad de salvaguardar su patrimonio. No obstante, la figura del fideicomiso Civil es una de las más flexibles del ordenamiento jurídico, pues puede ser adoptada de diversas modalidades, sin perder los elementos esenciales del negocio fiduciario y que se determinan según la finalidad y la pretensión del constituyente, pues puede ser abordada como un contrato de fiducia mercantil, de administración inmobiliaria, de pagos, de inversión o entre otros.

Respecto a la capacidad de este para la declaración de su voluntad menciona Rengifo (1984) “El fideicomitente necesita ser persona capaz de emitir una declaración válida de voluntad” (p. 278)

A modo de ilustración, por ejemplo, el señor Pedro puede constituir una fiducia a favor de su hija María como beneficiaria con la condición resolutoria de pasar los bienes a favor de esta cuando se gradúe como abogada. Pero como se dijo en líneas anteriores, no solo es apta la figura para personas naturales, sino también para persona jurídica individual o colectiva, privada o pública, por ejemplo una sociedad anónima llamada M&L puede crear una fiducia para que una parte de sus ganancias se destinen a programas sociales que una fundación creada por la misma empresa, lleva en marcha a favor de los familiares de los trabajadores de la compañía.

Dentro de las obligaciones que se tienen para el fideicomitente de la fiducia, encontramos la obligatoriedad de constituir la mediante un instrumento público, es decir, mediante escritura pública, pero como lo expresamos anteriormente, si al momento de la constitución no se designa al fiduciario, la administración y cuidado del bien recae en cabeza del constituyente o fiduciante.

Fiduciario: También conocido como el propietario fiduciario, es quien tiene la obligación de administrar la propiedad fiduciaria hasta el momento en que se cumpla o se resuelva la condición a la que se encuentra sujeta el fideicomiso, cumpliendo con ciertas obligaciones emanadas del Código Civil, procurando siempre la conservación de los bienes objeto del fideicomiso (Avendaño, 2016) . El fiduciario es entonces aquella persona que adquiere la propiedad de los bienes fideicomitados, asumiendo la obligación de utilizarlos en la forma establecida en el documento de constitución del fideicomiso.

Dicha calidad de fiduciario puede recaer en cabeza de una persona o de varias, según el Artículo 802 del Código Civil “802. Nombramiento de varios fiduciarios y fideicomisarios: El que constituye un fideicomiso, puede nombrar no sólo uno sino dos o más fiduciarios, y dos o más fideicomisarios.” (Ley 57, 1887, art. 802). Vale la pena recordar, como así lo hace la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sentencia STC 7916 – 2018 que cuando el fiduciario recibe el bien, este lo hace de una forma limitada, pues por ningún motivo adquiere la propiedad plena, ni la disposición de la misma, el fiduciario debe restituir el bien y no tiene ningún derecho sobre el mismo.

Una de las facultades intrínsecas que se le atribuyen al propietario fiduciario, es que este puede gozar de la propiedad o del fideicomiso, usando el bien, percibiendo y disponiendo de sus frutos, tanto los civiles como los naturales. Sin embargo, según lo dispone el artículo 808 del Código Civil Colombiano, existe otra figura llamada el tenedor fiduciario, en la cual no está inmersa la facultad de percibir o disponer de los frutos del bien, creando la obligación de preservar los frutos hasta el momento de cumplirse o de faltar la condición: 808. Si se dispusiere que mientras pende la condición

se reserven los frutos para la persona que en virtud de cumplirse o de faltar la condición, adquiera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un tenedor fiduciario, que solo tendrá las facultades de los curadores de bienes (Código Civil Colombiano 1887)

Pese a que la propiedad fiduciaria se traspasa al fiduciario de forma limitada y no plena, este último ostente la facultad de realizar gravámenes sobre los bienes dados en fiducia; siempre y cuando cumpla con los requisitos de autorización judicial previa, consentimiento expreso e informado del fideicomisario o representante legal de este en los casos en los sea menor de edad o incapaz, por lo que podemos determinar que el fiduciario o propietario fiduciario puede administrar libremente los bienes, usarlos a su favor, habitándolos, arrendándolos o darlos en comodato, pero siempre salvaguardando su integridad y su valor, según como lo establece el artículo 817 del Código Civil Colombiano (1887) que el fiduciario es responsable del deterioro del bien si se da por su culpa.

Teniendo en cuenta lo establecido por dicho artículo, resulta fundamental aclarar que el fiduciario podrá modificar la forma del fideicomiso pero sin alterar su integridad o su valor, por lo que podría realizar mejoras a los bienes dados en fiducia, algunas necesarias y otras no necesarias, las cuales incrementan su valor comercial, y que no podrán ser reclamadas por este al momento de ser cumplida o resuelta la condición a la que está sujeta la fiducia, pero si podrá oponer el valor de dichas mejoras si este debe compensar o indemnizar al fideicomisario por causa de daños o deterioros causados al fideicomiso.

Como la propiedad fiduciaria recae sobre bienes muebles o inmuebles que son ocupados, sea por su propietario fiduciario o por un tercero, es normal que estas sufran desgastes o deterioros por el paso normal del tiempo, que afectan su valor más no imposibilitan la realización o la finalidad del alcance del objeto del contrato de fiducia civil, por lo que el Artículo 819 del Código Civil Colombiano, determina la excepción o la forma en la cual el propietario fiduciario no estará obligado a responder por los deterioros que sufra la cosa, estableciendo que en la libre disposición de la propiedad, el fideicomisario tendrá sólo el derecho de reclamar lo que exista al tiempo de la restitución.

Así pues, el nombramiento de uno o varios propietarios fiduciarios debe estar basado en uno de los elementos esenciales de la fiducia, como lo es la confianza entre las partes; pues al transmitir la propiedad sobre un bien determinado a un tercero, para que este sea formalmente propietario de la cosa de una forma transitoria, hablamos de la propiedad fiduciaria por excelencia, así como lo expresa la Corte Suprema de Justicia en su Sentencia 13069 de 2019, en la cual define la importancia de la existencia de un tercero, llamado fiduciario, para lograr la correcta constitución del fideicomiso;

Beneficiario – Fideicomisario: Dentro de la estructura bipartita o tripartita de la fiducia civil, encontramos la existencia del fideicomisario o beneficiario del fideicomiso, quien es la parte en cuyo favor se cumple o se resuelve la condición a la cual se encuentra sometida el fideicomiso, logrando así la finalidad perseguida por el contrato de fiducia y a la cual deben ser transferidos los bienes objeto de este.

Debemos entender al beneficiario como aquella parte en la que se cumple la finalidad perseguida por el contrato y a la cual deben ser transferidos los bienes remanentes en la liquidación del fideicomiso (FIDUCOLDEX, 2021); el fideicomisario es a la vez, el beneficiario.

En la instrucción Administrativa N° 6 del 15 de marzo del 2017, la Superintendencia de Notariado y Registro detalla que la existencia del fideicomisario no es obligatoria al momento de constituirse el fideicomiso, pero si debe existir al momento de cumplirse o resolverse la condición (Superintendencia de Notariado y Registro, 2017, Instrucción administrativa N° 6) Así las cosas, el fideicomisario puede no existir al constituirse el fideicomiso, pero debe existir, ser persona, al cumplirse la condición (Artículo 798 C.C.) Porque una vez cumplida la condición, nace la obligación a cargo del fiduciario de entregar los bienes y del fideicomisario de aceptarlos y recibirlos.

Es importante mencionar, como así lo hace el Artículo 820 del Código Civil Colombiano, (1887) que hasta el momento en que se haya cumplido o resuelto la condición a la que se encontraba sujeta la fiducia, el beneficiario o fideicomisario no tiene un derecho propio ni pleno sobre los bienes, este sólo puede hacer efectiva la mera expectativa que tiene sobre los bienes dados al fideicomiso, velando por el estado y la conservación de los mismos, donde el fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo.

Dentro de las obligaciones instauradas al beneficiario o fideicomisario emanadas por el Código Civil Colombiano, encontramos la obligación del reconocimiento de las expensas a favor del propietario fiduciario, que como ya se manifestó en los apartados anteriores, es quien tiene a su cargo el cuidado y la administración de los bienes dados en fiducia, lo cual pueda acarrear para este que se incurra en gastos o expensas extraordinarias para la conservación de la cosa, según el Artículo 815 del Código Civil Colombiano, todos estos gastos deben ser reconocidos y previamente reembolsados por el fideicomisario al fiduciante antes de la restitución de la cosa dada en fiducia, se obliga a expensas extraordinarias, pero luego en la restitución puede solicitar el reembolso, sean objetos muebles o inmuebles con el valor al momento de la restitución.

El derecho sobre la fideicomiso recae sobre el beneficiario de la misma por el hecho de haber cumplido o resuelto la condición interpuesta por el constituyente, por lo que podríamos concluir que dicha condición es personalísima e interpuesta sólo para ser resuelta por quien se haya designado en la escritura pública como beneficiario, así que

dicho goce o derecho sobre la propiedad fiduciaria no puede ser transmitida por testamento ni por abintestato, así como lo establece el Artículo 821 del Código Civil (1887) en donde el fallecimiento del fideicomisario antes de la restitución no trasmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre fideicomiso.

Según la Sentencia C-046/17, en la que se dicta acciones conservatorias de bienes en fideicomiso y de sustitución de descendientes en asignaciones testamentarias en código civil, se dicta inexecutable la expresión legítimo e ilegítimo, y se sentencia que el proceso de fideicomiso permite al beneficiario la obtención de la propiedad señalada siempre y cuando cumpla con los requisitos previsto.

En este sentido es importante mencionar que la corte niega la ilegitimidad que pueda tener un beneficiario sea por herencia de sangre, hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, y tendrán iguales derechos y obligaciones. En este sentido, el beneficiario adquiere una real importancia cuando se descubre al mismo dentro del proceso de fiducia.

2.7 Causales de extinción del Fideicomiso.

Como se ha dicho a lo largo del presente trabajo investigativo, el fideicomiso civil depende de la manifestación de la voluntad del constituyente de gravar sus bienes para transferirlos a un tercero una vez se cumpla o se resuelva la condición a la que fueron sometidos, dicha condición puede acarrear diferentes efectos en el ordenamiento jurídico. Esta figura se ata a una condición resolutoria, que como bien se dijo anteriormente, una vez resuelta se extingue el derecho adquirido por el propietario fiduciario y da paso al nacimiento del derecho real de dominio al beneficiario de la fiducia, quien hasta este momento solo tenía una simple expectativa de derecho. Es importante entonces recordar las causales que dan origen a la extinción del derecho que recae sobre el fiduciario para el surgimiento del derecho al beneficiario, o en su defecto, para declarar como fallida la condición y extinto el fideicomiso, causales que se encuentran establecidas en el artículo 822 del Código Civil, y que se definen de la siguiente manera:

2.7.1 Restitución.

Según la Real Academia Española (RAE) la restitución significa devolver algo a alguien y volver a poner algo en el lugar donde estaba; pero haciendo referencia a la fiducia civil, el artículo 822 del código civil, establece como una de sus causales de extinción la restitución hecha al beneficiario de la fiducia, entendiendo esta como el término que se le da a la entrega del bien sometido a la fiducia una vez se cumpla la condición, anotando que el Beneficiario nunca ha tenido derecho sobre dichos bienes, pues estos nunca han formado parte de su patrimonio, por lo que una vez se disponga a realizarse la restitución o la entrega material de estos, deben ser entregados en virtud del cumplimiento o la resolución del contrato y deben restituirse mediante un inventario de

bienes, en el cual el fiduciario podrá solicitar se le sean rendidas las cuentas o los gastos en los que este tuvo que incurrir para la conservación del bien. La figura de la restitución extingue las obligaciones contraídas en el contrato de fiducia al pregonarse la realización de los fines para el que fue constituido, siendo esta la manifestación de la eficacia o la realización final del contrato o del negocio fiduciario, materializando así la voluntad expresa del fideicomitente de trasladar la propiedad y el dominio de sus bienes al beneficiario, lo que implica la obligación al fiduciario de acatar la orden dada en el acto constitutivo.

La restitución debe entenderse como una devolución de los bienes por parte del fiduciario (Marquez, 2014), y en este sentido, la fiducia pasa al beneficiario siempre y cuando cumpla con la obligación pactada. Los plazos para que se desarrolle el proceso deben de ser determinados en un principio en el contrato de fiducia, con el fin de que se restituya al fideicomitente y/o beneficiario cuando se haya cumplido el término pactado.

De acuerdo nuevamente a la sentencia C-046/17, la restitución se concibe cuando el traspaso de la propiedad a la persona en cuyo factor se constituye el fideicomiso (C 046,2017). La restitución sólo es posible siempre y cuando el beneficiario logre y constituya llevar el cumplimiento de las condiciones dadas y pactadas en el contrato de fideicomiso.

2.7.2 Resolución del Derecho de autor.

Para entender un poco mejor lo estipulado en el numeral segundo (2) del artículo 822 del Código Civil, el cual hace referencia al momento en el que se resuelve un derecho anterior sobre los bienes dados en el fideicomiso: 822. Causales de extinción del fideicomiso. El fideicomiso se extingue. 2° Por la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retrovendendo, y se verifica la retroventa. (Ley 57, 1887, art. 822) Debemos recordar que la figura del pacto de retroventa consiste en la venta de un bien, el cual queda sometido a la condición o al derecho de retracto que tiene el vendedor, por lo que este podrá hacerse nuevamente dueño de la cosa vendida, una vez este haya pagado el precio estipulado por las partes en la relación contractual, así lo define el artículo 1939 del Código Civil, el cual establece qué:

Artículo 1939. Concepto de pacto de retroventa. Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra. (Ley 57, 1887, art. 1939).

Esta acción de retroventa estipulada por las partes establece una serie de obligaciones para los que intervienen en la relación contractual, las cuales van desde el resarcimiento de los perjuicios o deterioros causados a los bienes hasta la restitución de la suma que fue pagada por el comprador al momento de la venta, por lo que las partes pueden establecer libremente en el contrato y en la escritura pública que se inscribe en la oficina de Instrumentos públicos, el tiempo o el plazo por el que se encontrará vigente la acción de retroventa, pero a falta de dicha estipulación, el artículo 1943 del Código Civil, establece que esta no podrá pasar de cuatro años contados desde la fecha de celebración del contrato y que dicha acción deberá ser notificada con una antelación de seis meses para bienes inmuebles y de quince días para bienes muebles, en el artículo 1943, se describe la prescripción de la acción de retroventa, que no puede pasar de cuatro años contados desde la fecha de contrato.

Es útil mencionar, la posición clara e inamovible que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia sobre el concepto y las obligaciones emanadas de un contrato de compraventa, pues en sentencia de la Sala de Casación civil del 13 de agosto de 1940, la Corte definió el pacto de retroventa como aquella venta que: El pacto de retroventa no es sino una venta sujeta a una condición resolutoria potestativa del vendedor, consistente en el cumplimiento del evento de restituir el dinero estipulado dentro de determinado plazo, a términos que si así sucediere, se recobra IPSO FACTO el dominio de lo vendido y, en caso contrario, tiene como virtualidad la consolidación, en favor del comprador sin más formalidades. (Sentencia SCC, 1940) De este modo, podemos evidenciar que el pacto de retroventa constituye una obligación para el comprador, que posteriormente puede llegar a convertirse en un fideicomitente o constituyente del fideicomiso, de restituir el bien que ha dado en fiducia a su vendedor, en virtud del cumplimiento del contrato de retroventa, motivo por el cual dicho bien se extinguiría del patrimonio de constituyente y por ende perdería el derecho de disponer del mismo.

2.7.3 Destrucción de la cosa.

Teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que recaen sobre el propietario fiduciario se encuentra la obligación de salvaguardar y administrar adecuadamente los bienes entregados en fideicomiso, puede presentarse situaciones en las cuales los bienes perecen o se destruyen por hechos ajenos a la voluntad del propietario fiduciario, y dicha destrucción puede ser completa o parcial. Según el numeral tercero del artículo 822 del Código Civil, el fideicomiso se extingue por la destrucción de la cosa que fue dada en fideicomiso, para lo cual estipula que se cumplirán con las mismas reglas que para la destrucción de los bienes dados en usufructo: Artículo 822. Causales de extinción del fideicomiso. El fideicomiso se extingue: 3º) Por la destrucción de la cosa en que está constituido, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el artículo 886.

Frente a la destrucción de la cosa fructuaria, el Artículo 866 del Código Civil establece que cuando se presente una destrucción total de la cosa fructuaria se extinguirá el usufructo, mientras que cuando la destrucción de la cosa se presenta en una parte, seguirá subsistiendo el derecho en la parte restante: Artículo 866. Destrucción de la cosa fructuaria. El Usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa fructuaria; si sólo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante.

Siguiendo las reglas establecidas por el legislador, en el ordenamiento colombiano, cuando se destruye en su totalidad un bien dado en fideicomiso, se entenderá extinta la obligación, por lo que no habrá lugar a una restitución ni a una reclamación por parte del Beneficiario, mientras que si se presenta una destrucción parcial de la propiedad fiduciaria, él fiduciante tendrá a su cargo derechos y obligaciones sobre el fideicomiso restante, siempre y cuando la destrucción de la cosa, sea total o parcial, no sea atribuible a causas imputables al propietario fiduciario, pues en dicho evento, el beneficiario tendrá derecho al pago de perjuicios ocasionados por dicha destrucción de la cosa.

2.7.4 Por la renuncia del fideicomisario.

Como bien se explicó en el capítulo de los partícipes o intervinientes del fideicomiso, el fideicomisario o también conocido como beneficiario de la fiducia, es aquel tercero al cual debe realizarse la restitución del bien una vez este cumpla o resuelva la condición a la cual fue sometido el fideicomiso, teniendo este sólo la mera expectativa de adquirir la propiedad de los bienes hasta tanto no se cumpla la condición, lo que permite que dentro de sus derechos, este puede renunciar a la propiedad fiduciaria antes de cumplir la condición, por lo que artículo 822 del Código Civil, prevé en su numeral 4 la renuncia del fideicomisario y lo establece como una causa para extinguir el fideicomiso, pero sin desmejorar los derechos adquiridos por los sustitutos del fideicomiso: Artículo 822. Causales de extinción del fideicomiso. El fideicomiso se extingue: 4º) Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los sustitutos. Cabe la pena resaltar, que todo constituyente del fideicomiso ostenta no solo el derecho de nombrar a uno o varios fiduciarios, sino que también pueden nombrarse a uno o varios fideicomisarios, así como a los sustitutos de este, por lo que se puede pregonar la existencia de una cadena de beneficiarios o sustitutos, con la finalidad de que se puede realizar la restitución de los bienes una vez se cumpla la condición y se logre la eficacia del fideicomiso.

Por lo tanto, la renuncia por parte del beneficiario no afecta los derechos de sus sustitutos, pues, al contrario, si en el acto constitutivo de la fiducia se han nombrado a uno o varios sustitutos, estos obtienen los mismos derechos y obligaciones que recaían sobre el beneficiario principal, así como lo establece el Artículo 803 del Código Civil: Artículo 803. Fideicomisarios sustitutos. El constituyente puede dar al fideicomisario los

sustitutos que quiera para el caso que deje de existir antes de la restitución, por fallecimiento u otra causa.

Estas sustituciones pueden ser de diferentes grados, sustituyéndose una persona al fideicomisario nombrado en primer lugar, otra al primer sustituto, otra al segundo, etc. Por lo que corresponderá al fideicomitente, nombrar o designar todos los sustitutos que considere aptos o necesarios para la finalidad del fideicomiso, pues por disposición expresa del artículo 804 del Código Civil, no habrá lugar a reconocimiento de otros sustitutos que no hayan sido nombrados en el acto constitutivo: Artículo 804. No se reconocerán otros sustitutos que los designados expresamente en el respectivo acto entre vivos o testamento (Ley 57, 1887, art. 803,804)

2.7.5 Faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil.

Como bien se dijo anteriormente, las condiciones son hechos futuros e inciertos, que se espera o se tiene la siempre expectativa de que estos sucedan o se cumplan durante determinado tiempo, las cuales dan lugar al nacimiento de un derecho, por lo que se hace exigible en el tiempo, el cual puede ser pactado y establecido por el fideicomitente y el fiduciario al momento de la constitución del fideicomiso, así pues, el numeral quinto (5) del artículo 822, supone la extinción del fideicomiso por no haberse cumplido o resuelto la condición dentro del tiempo hábil: “Artículo 822. Causales de extinción del fideicomiso. El fideicomiso se extingue: 5º) Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil.

Ahora bien, para los casos en los cuales las partes no estipulan un límite en el plazo en el cual deba cumplirse o resolverse la condición, el Código Civil establece en su artículo 800, que toda condición que tarde más de treinta (30) años en ser cumplida se entenderá como fallida, exceptuando que la condición esté sujeta a la muerte de una persona, motivo por el cual esta podrá ser indefinida en el tiempo: Artículo 800. Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución. Estos treinta años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria. (Ley 57, 1887, art. 800).

El legislador lo que pretende al regular el término o el plazo al que está sujeta la condición, es prohibir que se establezcan condiciones futuras e inciertas que perduren en el tiempo, extinguiendo así las obligaciones adquiridas en el contrato.

2.7.6 Confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.

Si bien es permitido en nuestro ordenamiento jurídico que a falta de la existencia del fiduciante gozará fiduciariamente de la propiedad por el propio constituyente, es decir, es posible que ambas calidades recaigan en cabeza del fideicomitente o de sus herederos, el numeral sexto (6) del artículo 822 del Código Civil declara como causal de extinción del contrato de fiducia la confusión que puede recaer entre el fideicomisario o beneficiario de la fiducia y entre el propietario fiduciario: Artículo 822. Causales de extinción del fideicomiso. Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.

Así pues, la confusión debe ser entendida como aquella situación anómala en la cual concurren en una misma persona la calidad de acreedor y deudor de las obligaciones pendientes, según reza el Artículo 1724 del Código Civil: Artículo 1724. Concepto de confusión. Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago.” Al pregonarse que dicha confusión acarrea los mismos efectos que el pago, lo que dice el legislador es que este se constituye como un modo de extinción de las obligaciones, en concordancia con el artículo 1625 del Código Civil, por lo que se declaran nula la existencia de dicho acuerdo: Artículo 1625. Modos de extinción. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. 6° Por la confusión.

La importancia de dicha causal de extinción de las obligaciones contraídas por el contrato de fiducia radica que el legislador proporciona a la confusión los mismos efectos jurídicos proporcionados por el pago, lo que quiere decir que este extingue y da por finalizada la relación jurídica entre las partes. Por otro lado, llama la atención que pese a que el contrato de fiducia civil nace de la manifestación de voluntad del fideicomitente de gravar sus bienes y la del fiduciario de aceptar y obligarse en razón de un contrato de fiducia, la decisión unilateral y voluntaria de alguna de las partes no sea considerada una de las causales para dar por extinto el vínculo jurídico; pues esta sólo es aplicable cuando el fideicomitente o constituyente se reserve en el contrato la facultad de dar por terminada la fiducia unilateralmente.

Capítulo 3.

3. Concepto de inembargabilidad.

Para entender este concepto, debemos ubicarnos primeramente en el otro extremo o en su contrariedad, siendo este la embargabilidad. Podemos definir este término como la posibilidad que tiene un acreedor de disponer mediante la orden de un juez del derecho real de dominio sobre los bienes de su deudor, es decir, el embargo se constituye como una herramienta para la satisfacción de los intereses económicos de aquél. Esta posibilidad se encuentra preceptuada primeramente en la Constitución Política de Colombia, en su artículo 63, que determina:

ARTÍCULO 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables (Constitución Política de la República de Colombia, 1991, art. 63).

Un bien público cumple dos condiciones o criterios que son: no rivalidad y no exclusión, por un lado, la no rivalidad de un bien significa que su consumo por un individuo no priva a otro de consumirlo de la misma manera, por otro lado, la no exclusión designa el hecho de que una persona en ningún caso puede ser privada de consumir este bien, el consumo de un bien público no se puede individualizar. Un bien público puede ser financiado por el Estado, mediante aportaciones voluntarias (ejemplo de organizaciones benéficas, etc.), o por organizaciones privadas cuando el bien público puede asociarse a otros productos que permitan su financiación, estos no pueden ser embargados.

Como puede notarse la norma constitucional faculta al legislativo a determinar que bienes tienen la naturaleza de inembargable, es decir, la norma ordinaria, como los códigos sustanciales y procedimentales podrán establecer bienes con dicha condición. Ahora bien, no encontramos una definición positiva de inembargabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, es por eso, que debemos recurrir a una definición de carácter negativo, es decir, establecer que es embargable, para ello se debe realizar una lectura consciente del artículo 2492 del Código Civil (1887), el cual establece que los acreedores, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos.

La no embargabilidad se desprende en primera medida de las excepciones indicadas en el artículo 1677, o lo que es lo mismo, es embargable todos los bienes presentes y futuros del deudor, siempre y cuando la ley no estipule lo contrario. Es entonces, que la prenda general de los acreedores dispuesta en el artículo 2488 del

Código Civil no es absoluta y podrá ser limitada por expresa disposición legal (Ley 57, 1887, art. 2488).

Es importante analizar el artículo 1677 del Código Civil, pues en este se establecen algunos bienes inembargables, para posteriormente analizar las disposiciones procesales que de igual formas determinan otros bienes con esta misma condición.

3.1. Bienes inembargables.

Algunos casos de bienes inembargables los encontramos a la luz del artículo 1677 del Código Civil colombiano, así:

1o.) <Numeral modificado por el artículo 3o. de la Ley 11 de 1984. El nuevo texto es el siguiente:> No es embargable el salario mínimo legal o convencional.

2o.) El lecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas.

3o.) y 4o.) <Numerales derogados tácitamente por el numeral 11 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, según Sentencia de la Corte Constitucional C-318-07>

5o.) Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado.

6o.) Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual.

7o.) Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia, durante un mes.

8o.) La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.

9o.) Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación. (Ley 57, 1887, art. 1677).

El Código Civil como norma de carácter sustancial estableció bienes no embargables, esto desde 1887, no obstante, el legislador colombiano mediante las normas procesales estableció de igual forma bienes inembargables. Vale la pena entonces analizar tres normas jurídicas a saber, el Código Civil, el derogado Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso, ello con el fin, de determinar el alcance de la inembargabilidad en Colombia.

Tabla 1. Clasificación de bienes

Código Civil	Código De Procedimiento Civil	Código General Del Proceso
<p>ARTICULO 1677. <BIENES INCLUIDOS EN LA CESIÓN>. La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.</p> <p>No son embargables: (...)</p> <p><u>8o.) La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.</u></p>	<p>ARTÍCULO 684. BIENES INEMBARGABLES. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 342 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Además de los bienes inembargables de conformidad con leyes</p>	<p>ARTÍCULO 594. BIENES INEMBARGABLES. Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:</p>

	especiales, no podrán embargarse: <u>13. Los objetos que posean fiduciariamente.</u>	
--	--	--

Fuente: Elaboración Propia

Como puede notarse, las disposiciones normativas del Código Civil y Código de Procedimiento Civil determinan que la propiedad fiduciaria se reviste de inembargabilidad, situación que no se presentó de manera expresa por el Código General del Proceso

3.2. Prenda general de los acreedores.

Esta figura comprende el derecho que tienen los acreedores sobre el patrimonio del deudor, es decir, sobre los bienes actuales y futuros para hacer efectivas las obligaciones contraídas. Tal y como lo expresa el artículo 2.448 del C.C, que todo bien universal pueden ser perseguido a excepción de aquello que no son embargables según el artículo 1677, a su vez el artículo 2492 dice que los acreedores, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, se exceptúan los descritos en el artículo 1677.

Observamos entonces como incluso se mencionan los intereses y los costos de cobranza, todos los elementos anteriores llevándonos a diferir todo lo que constituye la prenda general y común de los acreedores, tal como agrega el autor Gómez (1949) “los elementos activos que integran el patrimonio se fusionan, así en el tiempo como en el espacio, para quedar sometidos al mismo régimen jurídico de afectación para el pago de deudas.” (p. 439)

3.3. Excepciones a la prenda general de los acreedores.

3.3.1. El patrimonio de familia

La razón fundante de este gravamen fue proteger sin duda el núcleo familiar. La constitución del patrimonio familiar grava o afecta el derecho de disposición, no con el fin de restringirle la facultad al propietario de enajenar el bien, sino con el fin de ir en contra de situaciones como la insolvencia o quiebra. Esta situación jurídica entra entonces entre las excepciones a la prenda general de los acreedores con unos requisitos adicionales y particulares establecidos por el legislador como con la autorización y consentimiento de los beneficiarios.

3.3.2. La afectación a vivienda familiar

Esta figura la podemos ubicar en la *ley 258 de 1996* a la luz de la legislación colombiana, definida en su artículo primero como: Artículo 1. Definición. Entiéndase afectado a vivienda familiar el bien inmueble adquirido en su totalidad por uno de los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio destinado a la habitación de la familia. (Ley 258, 1996, art 1).

Como su misma definición lo indica, es una afectación al inmueble, figura constituida por uno de los cónyuges, a favor del otro cónyuge quien no es propietario del bien, cónyuge que después de esta constitución tendrá la facultad de autorizar la enajenación o incluso si el cónyuge desea gravarla. Se considera una figura importante y que ha entrado a impartir un gran cambio con la Constitución Política de 1991, la cual resalta la importancia de la propiedad privada y los derechos a garantizar descritos en la misma, pero a su vez trae esta acción la cual hace que la propiedad privada no sea un derecho absoluto, sino que se le reconoce como un derecho constitucional de segunda generación, es decir los económicos, sociales y culturales (DESC). Esto también tiene razón de ser en que la Corte Constitucional considera: “uno de los pilares fundamentales del Estado colombiano está constituido por el trabajo.

La Constitución reconoce y ampara la propiedad obtenida con base en el esfuerzo y en el mérito que el trabajo implica, y se lo desestimularía en alto grado si se admitiera que sin apelar a él, de modo fácil, por fuera de escrúpulos y restricciones, puede obtenerse y acrecentarse el patrimonio personal y familiar”, lo que nos lleva a interpretar en un primer momento que para nuestra Corte Constitucional el derecho a la propiedad privado solo debe ser respetado por el Estado cuando se ha adquirido por medio de un trabajo lícito y ajustado a las exigencias de la ley.

Ahora bien, si una de las características, se atrevería a decir que las principales, es limitar el dominio, norma plasmada en el artículo 34: No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. La Corte Constitucional explica que no podemos interpretarlo literalmente o realmente como una extinción de dominio, sino que la pérdida se entiende con la desaparición de la apariencia de propiedad (Sentencia C-374, 1997).

En otras palabras, la sentencia de la que habla el artículo 34 de la nuestra Carta Magna no llevaría a la pérdida del dominio, sino a la declaración de la inexistencia del derecho por no haber sido obtenido bajo los parámetros legales exigidos. Siendo más explícitos, cuando esta sentencia queda en ejecutoria, bajo sus ordenanzas la titularidad de los bienes debe de pasar a favor del Estado sin que el anterior propietario reciba nada a cambio.

De lo que llevo dicho, cuando esta figura opera sobre un bien es una clara muestra como excepción a la prenda general de los acreedores, sin embargo, en este caso no se puede tomar como una “protección” al deudor, lo cual dijimos al principio, sino que en esta situación prevalecen los intereses del Estado y es el mismo quien vela en esta situación por el bien o los bienes sujetos de esta acción.

3.3.3. El fideicomiso

Brevemente el fideicomiso civil se define comúnmente por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Civil, como: el traspaso de la propiedad a la persona en cuyo favor se constituye el fideicomiso, se conoce como restitución (C.C. art. 794).

Al momento de esta constitución generalmente intervienen tres partes: (i) El fideicomitente o constituyente, quien es la propietaria del bien y a su vez lo entrega en fiducia. (ii) el fiduciario es quien se encarga de la propiedad cuando le es encomendada hasta que se verifique el cumplimiento de la obligación, el cual verificado el mismo deberá restituir al beneficiario del fideicomiso, y en el último extremo de esta figura jurídica se encuentra (iii) el fideicomisario quien es la persona a la cual se le restituirá el bien cuando cumpla la condición.

En este punto es importante precisar y prever los casos en que la calidad de fideicomitente como del fiduciario recaen en cabeza de la misma persona, en este punto no existiría una real transferencia del bien sometido a fiducia, lo que tendría implicaciones al momento de la medida de embargo, situación que será esbozada más adelante.

3.4 Embargabilidad del fideicomiso civil en la legislación colombiana.

Para exponer el objetivo principal de este capítulo y entender la discusión y confusión entre las diferentes normativas que nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico, primero se hace necesario ampliar los conceptos y las funciones de las instrucciones administrativas y oficios, las cuales se evidenciara más adelante que son expedidas por las entidades de control como lo son la Superintendencia de Notariado y Registro y la Superintendencia de Sociedades.

En Colombia, existen las fuentes auxiliares del derecho que para esta investigación es necesario entender el papel que juegan las entidades y el porqué de expedir las diferentes circulares, decretos, resoluciones, ordenanzas, oficios, instructivos, etc.

Nuestro ordenamiento jurídico está conformado por un amplio y profundo conjunto de normas expedidas por los distintos operadores esencialmente para la solución de conflictos o cuando se presenta algún choque, así que debe tenerse en cuenta la función y aplicabilidad de las mismas teniendo en cuenta su jerarquía dentro del sistema del Estado, quedaría por cuestionarnos la incidencia y naturaleza jurídica de los instructivos expedidos por las entidades colombianas.

Las instrucciones administrativas, también se les puede llamar circulares, que dicta para nuestro caso la Superintendencia de Notariado y Registro, son una manifestación propia de las autoridades de servicio, así como los oficios expedidos por la Superintendencia de Sociedades, las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa pueden ser demandables por vicios en su formación ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo (Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, 2011).

Por lo anterior, se entiende entonces que las entidades tienen el deber de expedir estos actos con el fin de orientar y actualizar todo lo referente a los diferentes procesos y materias que tienen en su cargo, con el fin de evitar confusiones y hacer más ameno los tramites que comprometen de una forma u otra a las entidades anteriormente mencionadas, por esto es importante entonces traer a colación la discusión planteada por las mismas acerca de la embargabilidad de los bienes sometidos a propiedad fiduciaria.

3.5 Superintendencia de Sociedades de Colombia.

Para iniciar, encontramos la posición de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. (SuperSociedades) velando por preservar el interés público en materia económica y fomentando el estímulo del desarrollo empresarial en el País, el Gobierno Nacional ha dotado a la Superintendencia de Sociedades con diversas funciones, tales

como: a) Asesorar al ejecutivo en la creación de políticas que permitan la inspección, vigilancia y control de las diversas sociedades comerciales y unipersonales b) el ejercicio de la vigilancia y control sobre las sociedades comerciales c) solicitar y confirmar la información entregada por las sociedades comerciales, velando por la correcta ejecución de sus actividades según la ley y los estatutos sociales.

En otras palabras, la Superintendencia de Sociedades es un organismo mediante el cual el ejecutivo ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, velando por “Proteger y Contribuir al orden público económico facilitando el desarrollo efectivo de las sociedades comerciales del sector real o atendiendo el manejo oportuno de su insolvencia” (Superintendencia de Sociedades, 2017. p1). De igual manera, la Superintendencia de sociedades se presenta como un mecanismo de soporte y ayuda al sector empresarial, identificando situaciones que pongan en crisis las compañías Nacionales, para así adoptar medidas que impulsen, protejan y fomenten el adecuado desarrollo del sector empresarial.

Así pues, la Superintendencia de sociedades, es un órgano técnico adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y con un patrimonio propio, que tiene como objetivo la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles.

Al ser este uno órgano adscrito, los ciudadanos tienen la posibilidad de presentar derechos de petición en la modalidad de consulta hacia la Superintendencia, lo anterior regulado en los artículos 14 y 28 de la ley 1755 de 2015, por lo que esta emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre las materias de su incumbencia, sin que los mismos sean vinculantes ni comprometan a la entidad. Según el oficio 220-021816 del 17 de febrero de 2017, emitido por la Superintendencia de Sociedades

Una vez establecida la naturaleza y las funciones otorgadas a la Superintendencia de sociedades por parte del legislador, resulta fundamental para nuestro trabajo investigativo poner de presente los oficios que ha emitido dicho órgano sobre las consultas realizadas en materia de propiedad fiduciaria, especialmente sobre el carácter de embargabilidad que revisten los bienes de los deudores en los procesos de insolvencia, especialmente cuando dichos bienes, sean muebles o inmuebles, se encuentran bajo la figura del fideicomiso civil.

Así pues, mediante oficio 220-126109 del 20 de junio de 2016, se le consultó a la Superintendencia de sociedades si ésta decretaba las medidas de embargo y secuestro sobre bienes inmuebles que se encuentran bajo la denominada figura del fideicomiso civil. Basados en lo anterior, la Superintendencia procedió a realizar un breve desglose sobre dicha figura, resaltando que

La propiedad fiduciaria, es una modalidad especial de dominio con la que se limita por entero el carácter perpetuo de la propiedad en su titular fiduciario, al respecto el artículo 794 del Código Civil, prescribe **Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición.** (Superintendencia de Sociedades, 2016, Oficio N° 220-126109. Negrillas propias)

Conforme a las disposiciones emanadas de dicho artículo del Código Civil, las Superintendencia destaca varios elementos sobre la esencia y la naturaleza de la propiedad fiduciaria en dicha normatividad, las cuales constituyen un carácter diferenciador de la fiducia mercantil, regulada en el artículo 1226 del Código mercantil, estableciendo que el fideicomitente o constituyente dispone por acto entre vivos, mediante instrumento públicos o por acto testamentario, sobre la totalidad de la herencia (Superintendencia de Sociedades, 2016, Oficio N° 220-126109, p.1)

La transferencia del derecho de dominio por parte del constituyente al propietario fiduciario a la que hace referencia el literal B del mencionado oficio, atribuye para este último, como bien se ha dicho a lo largo del presente trabajo investigativo, todas las facultades inherentes a la propiedad, como lo son el uso, goce y disposición de los bienes, por lo que este eventualmente podría constituir hipotecas y otros gravámenes sobre los bienes del fideicomiso, con la autorización judicial previa y con conocimiento de causa de los beneficiarios del mismo. Ahora, vale la pena resaltar que la Superintendencia de sociedades al referirse al régimen de insolvencia de persona natural no comerciante, basa sus decisiones en la normatividad civil, por lo que en lo concerniente a las medidas cautelares previstas en dicho régimen deben ser adoptadas según el artículo 594 del Código General del Proceso, codificación que no menciona y no dota de inembargable a los bienes que se encuentran sometidos al fideicomiso.

Con base en lo anterior, la Superintendencia consideró que “sobre la propiedad fiduciaria, es viable la práctica de medidas de embargo y secuestro en proceso ejecutivos por el incumplimiento de las obligaciones principales.” (Superintendencia de Sociedades, 2016, Oficio N° 220-126109)

Así pues, la Superintendencia de sociedades no considera que los bienes sometidos al negocio fiduciario se encuentren cobijados por la inembargabilidad pregonada en el Código General del proceso, remitiéndose solamente a la literalidad de dicha normatividad.

De igual manera, mediante oficio 2020-021816 del 17 de febrero de 2017, la Superintendencia se pronunció nuevamente sobre la fiducia civil, dando respuesta a una consulta realizada sobre si dicha figura era utilizada como mecanismo de protección del patrimonio de las personas y si los bienes sujetos a la fiducia civil eran objeto de

embargabilidad. Por lo tanto, la superintendencia de sociedades procedió a dar respuesta a la consulta remitiéndose nuevamente al mencionado oficio 220-126109 del 20 de junio de 2016, indicando que sobre la propiedad fiduciaria era viable la práctica de medidas cautelares tales como embargo y secuestro en aquellos procesos donde se hayan incumplido obligaciones garantizadas bajo los gravámenes hipotecarios e inmobiliarios, puesto que el artículo 594 del Código General del Proceso, norma vigente que taxativamente enuncia los bienes que reviste como inembargables, no incluye ningún tipo de restricción para los bienes sometidos a la fiducia.

No obstante, y por motivo de las consultas reiteradas sobre la inembargabilidad de los bienes sometidos al fideicomiso, la Superintendencia de sociedades consideró oportuno indicar que el artículo 594 del Código General del Proceso eliminó la disposición que concebía el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 684, mediante el cual declaraba que los objetos que se posean fiduciariamente no podían ser objetos de medidas de embargo:

El Código General del Proceso, eliminó la disposición que antes consagraba el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual “...no podrán embargarse.... 13°. Los objetos que posean fiduciariamente” (s.f.t.); en su lugar, el Artículo 594 del nuevo código, establece que además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar los bienes que al efecto relaciona, sin incluir en la relación actual ninguna restricción atinente a la fiducia (Superintendencia de Sociedades, 2017, Oficio N° 2020-021816, p.1)

De igual forma, la superintendencia plantea que el artículo 1677 del Código Civil, en su numeral 8°, mantiene el carácter de inembargabilidad para los bienes que un tercero, denominado deudor, posea fiduciariamente *Artículo 1667. Código Civil. 8°) La propiedad de los objetos que el deudor posea fiduciariamente.* (Ley 57. Código Civil Colombiano, 1873, art. 1677, comillas fuera del texto original) Así pues, la superintendencia concluye que la discusión que se originaba debido a la inembargabilidad de los bienes que se poseen fiduciariamente por motivo de la derogación del Código de Procedimiento Civil y la nueva entrada en vigencia del Código General del Proceso, se había saneado con la expedición del artículo 594 de esta última codificación:

Es de ahí que, con la expedición del Código del Proceso, la vieja discusión conceptual en torno a aquellos bienes que la legislación civil considera inembargables por razón del fideicomiso civil, finalmente se sanea con el artículo 594, pues éste no contempla las cosas que se posean fiduciariamente. (Superintendencia de Sociedades, 2017, Oficio N° 2020-021816, p.1)

Resulta fundamental resaltar que con la expedición de los oficios antes mencionados, la superintendencia de sociedades había definido su postura y su jurisprudencia sobre la posibilidad de practicar medidas cautelares de embargo y secuestro sobre aquellos bienes en los cuales recaía un fideicomiso civil, pues esta considera que la literalidad del artículo 594 del Código General del Proceso había definido cuales bienes se encontraban revestidos de dicha inembargabilidad, y que este no había contemplado los bienes que se poseen fiduciariamente, pero como bien se expuso anteriormente, el Código Civil, tratándose de las acciones ejecutivas a las que tienen derecho los acreedores sobre sus deudores, considera como inembargables la propiedad de los objetos que el deudor posea fiduciariamente, dejando así un campo amplio de interpretación y de ambigüedad en su jurisprudencia.

No obstante lo anterior, mediante oficio 220-111308 del 31 de mayo de 2017, la Superintendencia se pronunció nuevamente sobre la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria o fideicomiso civil, pues se le había solicitado mediante derecho de petición radicado bajo el No. 2017-01-180063 que esta revocara su doctrina establecida en los oficios mencionados anteriormente y emitiera una en la que indicara que los bienes sometidos al fideicomiso civil eran inembargables por expresa disposición legal del artículo 1677 del Código Civil. Así pues, la superintendencia realizó nuevamente un estudio de la figura del fideicomiso Civil, indicando que la inembargabilidad no era un atributo propio del fideicomiso, pues los artículos 794 y siguientes del Código Civil no habían referenciado a la propiedad fiduciaria como inembargable:

Es necesario poner de relieve que la inembargabilidad no es un atributo propio de la propiedad fiduciaria, pues los artículos 794 y siguientes del Código Civil no hacen referencia alguna sobre el particular, y aquella fue estatuida en el artículo 1677 de la misma codificación, mediante una norma de indiscutible carácter procedimental (Superintendencia de Sociedades, 2017, Oficio N° 220-111308, p.1)

De igual manera, la Superintendencia de sociedades destaca varios aspectos fundamentales de las diferentes normatividades que han regulado o derogado los aspectos fundamentales del fideicomiso civil, dentro de las cuales hace referencia a que el numeral 8° del artículo 1677 de la ley 57 de 1887 (Código Civil) había sido modificado por la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil mediante Decreto 1400 de 1970 dado que el artículo 684 prescribió que “además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse (...) 13.- Los objetos que se posean fiduciariamente”. (Superintendencia de Sociedades, 2017, Oficio N° 220-111308)

Sin embargo, una vez entró en vigor la ley 1564 del 12 de julio de 2012, es decir el Código General del Proceso, derogó todas las disposiciones anteriores en materia de inembargabilidad de los bienes sometidos a la fiducia, indicando que por esta razón la

inembargabilidad no podía pregonarse como un atributo de los bienes que integran el fideicomiso, pues este no había sido expuesto en el artículo 594 de dicha normatividad.

Ahora bien, adentrándonos un poco más en la finalidad de nuestro trabajo investigativo, resulta fundamental traer a colación lo expuesto por la superintendencia de sociedades respecto a las finalidades del fideicomiso civil y más propiamente del atributo de inembargable que recae sobre algunos bienes, pues dicha atribución no es absoluta y mucho menos esta puede ser utilizada con la finalidad de defraudar a terceros o acreedores, así como tampoco puede ser utilizada para desconocer la ley. En igual sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T N° T25-430 del 9 de mayo de 2006, con ponencia del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, decidió sobre una acción de tutela interpuesta en contra del Juzgado 12 laboral del circuito de Medellín y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín por haber decretado una medida de embargo y secuestro en un proceso de naturaleza laboral sobre un bien inmueble en el cual recaía un fideicomiso civil, señalando que: “El Tribunal demandado en su providencia aceptó que, aunque en principio el bien objeto de fideicomiso podría reputarse inembargable, en realidad no lo es porque según los términos de la escritura pública” (Corte Constitucional, ST 25-430, 2006 p.1).

Así pues, la Superintendencia de sociedades utiliza la mencionada sentencia de la Corte Constitucional para concluir que en aquellos casos en los cuales no se pregonan la existencia de un tercero en el fideicomiso, denominado fiduciario, con cargo a restituir los bienes a un tercero una vez se cumpla la condición, no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil y mucho menos los indicados en el artículo 1677 del Código Civil, pues dichos artículos hacen referencia a una titularidad transitoria, más no absoluta, como pasa en aquellos casos en los que el constituyente se reserva para sí mismo la calidad de propietario fiduciario, por lo que el bien realmente no ha salido de su patrimonio y concurren las calidades de propietario pleno y propietario civil:

En cambio, en el asunto de esta litis, el constituyente o fideicomitente, nunca le hizo traslación del dominio sobre el bien a un fiduciario, con cargo a restituir el bien a un tercero beneficiario o fideicomisario, porque como reza la escritura pública, él mismo se reservó para sí la calidad de fiduciario (Superintendencia de Sociedades, 2017, Oficio N° 220-111308, p.1)

De esta manera, la Superintendencia de sociedades, lejos de apartarse de su jurisprudencia sobre la figura del fideicomiso civil, termina por dar alcance y claridad a los oficios emitidos anteriormente, para concluir indicando que era deber del fallador judicial analizar cada caso en concreto y determinar sobre quien recae la titularidad de los bienes sobre los cuales se pretenden solicitar medidas de embargo y secuestro, atendiendo a las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional.

3.6 Superintendencia de Notariado y Registro.

Por otro lado, La superintendencia de Notariado y Registro, se presenta como la entidad que constituye la naturaleza jurídica que tiene la figura de fideicomiso civil, siendo entonces las notarías las encargadas de cumplir uno de los requisitos esenciales del fideicomiso civil, como lo es o el cual es la escritura pública para darle vida jurídica al proceso.

Por ello, esta entidad tiene la función y la obligación de llevar o ejercer control sobre el fideicomiso y los bienes que le constituyen; esto es fundamental pues si bien se trata de una acción de confianza, la entidad sirve como ente mediador y de legitimización de lo que se estipula. De acuerdo a ello, el comité de asuntos jurídicos de la superintendencia se reúne y determina la naturaleza jurídica que tiene el fideicomiso.

A partir de allí, la Superintendencia de Notariado y Registro, en la instrucción administrativa No.6 de 2017, toma como objeto de estudio la figura aludida del fideicomiso civil y genera una discusión con respecto a los bienes que constituyen el proceso mismo. Su principal ente de partida para la definición del fideicomiso y sus constituyentes es el Código Civil, el cual sigue siendo la principal referencia conceptual para tratar.

En este sentido, la superintendencia de Notariado y Registro, determina al fideicomiso como una propiedad fiduciaria que está sujeta al gravamen de pasar a otra en virtud de cumplirse una condición. Como elementos de la propiedad fiduciaria se tienen: El constituyente, el fiduciario, el fideicomisario, la cosa fideicomitada, la condición y la restitución.

Así pues, la Superintendencia de Notariado y Registro resalta que resulta fundamental entender que el constituyente puede ostentar las mismas calidades del propietario fiduciario, fenómeno que se presenta en aquellos casos en que el fideicomitente no designa expresamente un fiduciario, o cuando el propietario fiduciario designado falte por cualquier causa, es decir, la Superintendencia no realiza distinción alguna sobre la inembargabilidad de los bienes cuando se presentan estos casos, sólo determina que dichas calidades de constituyente y fiduciario pueden concurrir en una misma persona.

De acuerdo con la Superintendencia de Notariado y Registro, después de cumplirse la condición, puede reclamar el fideicomisario la restitución de la cosa según lo que dispone el artículo 794 in. 1 del C.C. por lo que posteriormente se convierte en dueño absoluto de la cosa, y se debe de dar por terminado el proceso.

Ahora bien, el punto central de esta instrucción administrativa emana de la posición que tiene la Superintendencia de Notariado y Registro sobre la inembargabilidad de aquellos bienes sobre los que se ha constituido un fideicomiso civil, argumentando que la

norma es clara en su literalidad y que el legislador no ha contemplado excepción alguna con respecto a la inembargabilidad de los bienes, por lo que las instituciones solo deben limitarse a confirmar si se encuentran presentes todos los elementos constitutivos de la propiedad fiduciaria. “Así las cosas resulta claro que la norma transcrita que no ha sido derogada ni expresa ni tácitamente por ninguna otra” (Superintendencia de Notariado y Registro, 2017, Instrucción administrativa N° 6.)

De acuerdo con lo anterior, la Superintendencia había fijado su postura sobre la inembargabilidad de los bienes sometidos a la propiedad fiduciaria, estableciendo que la ley no podía ser entendida ni interpretada por fuera de sus propios postulados, incitando así a los registradores a no registrar las medidas de embargo y secuestro sobre aquellos bienes sobre los que recae un fideicomiso y derogando cualquier otra instrucción o concepto que le fuera contraria.

No obstante lo anterior, pasado sólo un año desde la expedición de la instrucción administrativa N° 6 de 2017, la Superintendencia de Notariado y Registro toma la decisión de examinar nuevamente los alcances de la fiducia civil y más propiamente de la inembargabilidad que revisten los bienes sometidos a esta, enfocando su análisis sobre quien ostenta la propiedad plena y quien la propiedad fiduciaria, así como entrar a definir quién tiene la calidad de “deudor” a la que se refiere el numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil.

De acuerdo con lo anterior, mediante Instrucción Administrativa N° 19 de 2018, la Superintendencia reconoce que respecto de la propiedad fiduciaria se han venido generando una disparidad de criterios frente a la solicitud de inscripción de medidas cautelares de embargo y secuestro sobre los bienes en los que se ha constituido un fideicomiso Civil.

Procede pues La Superintendencia a sentar las bases que diferencian la propiedad plena y la propiedad fiduciaria, las cuales van a ser determinantes para comprender la nueva postura adoptada por esta. En este orden de ideas, comienza por definir que el dominio, que se llama también propiedad, no es más que el derecho real sobre una cosa, que se tiene para gozar y disponer de ella, autorizando así al propietario para que limite y grave los bienes hasta tanto se cumpla la condición.

Deduce pues la Superintendencia, que el propietario fiduciario no es el dueño del bien, pues este “tiene un encargo de trasladar el derecho real de dominio al beneficiario una vez se cumpla la condición”. Razón por la cual, este no podría responder sus acreencias personales con los bienes que posee fiduciariamente, por lo que estos bienes si se pueden pregonar como inembargables. Contrario sensu, propiedad plena es aquella que recae en cabeza del constituyente cuando este no designa un propietario fiduciario y se guarda para sí la administración y la custodia del bien, motivo por el cual no puede pregonarse la

existencia de un patrimonio distinto, pues no se realizó una transferencia de los bienes, por lo que estos siguen siendo prenda general de los acreedores, según lo establecido en el artículo 2488 del Código Civil.

Una vez establecidas las diferencias por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro frente a las calidades del propietario fiduciario y del propietario pleno, termina pues indicando esta entidad que:

Si el deudor es el propietario pleno, ese bien inmueble si puede ser embargado por sus acreedores, independientemente de que se haya constituido la fiducia, pues mientras no se realice la restitución (que se registra como consolidación de dominio pleno con el código de especificación registral 0127), el bien no ha salido de su patrimonio, el que es prenda general de sus obligaciones” (Superintendencia de Notariado y Registro, 2018, Instrucción administrativa N° 19, p.1)

Por otro lado, la Superintendencia realiza una interpretación frente a la calidad de “deudor” de la que trata el artículo 1677, numeral 8 del Código Civil, indicado que la inembargabilidad que reviste los bienes dados en fideicomiso, sólo opera para aquellos casos en que el “deudor” es el propietario fiduciario, quien sería el único llamado a tener dichos bienes en calidad de poseedor fiduciario, pues como bien se expuso anteriormente, si no designa un propietario fiduciario, el constituyente goza es de la propiedad plena: “La inembargabilidad de los objetos que el “deudor” posee fiduciariamente, es necesario precisar a qué deudor se refiere el numeral 8° del artículo 1677 del Código Civil.” (Superintendencia de Notariado y Registro, 2018, Instrucción administrativa N° 19, p.1)

De esta manera, la Superintendencia de Notariado y Registro vuelve nuevamente a modificar su postura sobre la inembargabilidad que recae sobre los bienes dados en fiducia, adhiriéndose a lo ya dicho por la Superintendencia de Sociedades de Colombia, esto es, que dicha inembargabilidad solo puede pregonarse para aquellos casos en los que se designa un propietario fiduciario diferente al constituyente, caso en el cual si opera la separación de patrimonios y se realiza el traslado de la propiedad de dichos bienes. No obstante, resulta llamativo para nuestro trabajo investigativo, que la figura de la fiducia civil se ha prestado para tantas interpretaciones, que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, al año siguiente de expedida la instrucción administrativa de 2018, se vio en la necesidad de modificar su postura y emitir una nueva jurisprudencia, estableciendo una nueva subregla jurisprudencial para la fiducia civil, teniendo en cuenta los conceptos dichos estas dos Superintendencias.

3.7 Sentencia 13069 del 25 de Diciembre de 2019.

En el capítulo anterior, hemos mencionado y citado la Sentencia 13069-2019 emitida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, sentencia que resulta bastante apropiada para esta discusión final, para lograr un posible entendimiento de la misma. Así pues, iniciaremos con un breve resumen de los supuestos facticos y jurídicos que dieron lugar a la presentación de la acción de tutela.

En la ciudad de Bogotá, los señores Gladys Gaitán de Gómez y Edgar Gómez Lucena promovieron una acción de tutela en contra de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma ciudad, ya que la entidad bancaria Bancolombia S.A. había adelantado un proceso ejecutivo donde se ordenó el embargo y secuestro de inmuebles con folios de matrícula “50C-1675114, 50C-1675115, 50C-1675116 y 50C-1675161”, donde estos consideraron sus derechos vulnerados. Los accionantes, solicitaron el levantamiento de las medidas cautelares con el argumento de que se había constituido un fideicomiso civil mediante escritura pública N° 2061 del 21 de noviembre de 2011, en la notaria sesenta y cinco de Bogotá, solicitud que fue negada por medio de auto del 6 de marzo de 2018. Los accionantes interpusieron recurso de apelación argumentando que dichos bienes inmuebles se encontraban revestidos bajo la figura de la inembargabilidad, proveniente del artículo 1677, numeral 8, del Código Civil, el cual profesa la inembargabilidad de los bienes que el deudor posee fiduciariamente. Entre las diferentes respuestas a resaltar, se encuentra la de la Registraduría Principal de Instrumentos Públicos de Bogotá, ya que la misma cita la instrucción administrativa 19, ya mencionada en este informe, la cual hace referencia a que en aquellos casos en que el fideicomitente no designe un propietario fiduciario diferente a su persona, este ostentará entonces la calidad de propietario pleno, por lo que este responderá por sus obligaciones con los bienes que integren su patrimonio, así estos se encuentren sujetos a la figura de la fiducia civil.

Posteriormente, la Sala Civil menciona que los postulados contenidos en el numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil, ya preexistían en sus codificaciones procesales anteriores, bien sea por remisión, en vigencia de la ley 105 de 1931 (Código Judicial), o por reiteración de la ley 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil), por lo que no sería necesario entrar a la discusión de su vigencia. Sin embargo, hace una aclaración frente a la interpretación que se le ha dado al artículo 594 del Código General del Proceso, manifestando que sería inviable determinar que como dicho artículo no incluyó el numeral 13 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, el 1677 del Código Civil había sido derogado. Por el contrario, se cita y se debe tener en cuenta que este nuevo artículo tiene un apartado que dice: «además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar (...)», es decir, está reconociendo otras disposiciones normativas, además es una lista enunciativa y no taxativa.

Aun así, la Corte ya contaba con un precedente enmarcado en la Sentencia TC7916-2018 del 20 de junio, donde se presentó un caso similar en el que concurría en un mismo

sujeto las calidades de fiduciante y fiduciario, por lo que la Sala de la Corte defendió la inembargabilidad de los bienes que se posean fiduciariamente, pero esto generó un vacío, pues la Sala lo resolvió desde un solo punto de vista.

Sin embargo, en ese entonces la Corte solo fijó su atención sobre la vigencia de la regla de inembargabilidad, sin extender su análisis a la interpretación de la misma en contextos fácticos como el descrito. En ese sentido, es pertinente resaltar que la citada norma del Código Civil, aún vigente, hace referencia a los bienes «que el deudor posea fiduciariamente», lo que sugiere que fue concebida para evitar que se confundan en el patrimonio del fiduciario los bienes que el fiduciante le confió. (Sentencia STC 13069, 2019, p.1)

Es evidente que en este precedente no hubo entonces, como ya lo dice la corte, una distinción o un interés en precisar sobre las calidades del “Deudor” o sobre las calidades de los intervinientes del fideicomiso, lo que era necesario para resolver este caso en concreto. Lo anterior, lleva a la Corte a replantear el alcance sobre la inembargabilidad que dicta el ordenamiento jurídico para “los objetos que el deudor posee fiduciariamente” y si este abarca a todos los fideicomisos civiles o, por el contrario, solo a los que el fiduciante y fiduciario son distintos sujetos. Recuerda la Corte entonces, que dicha inembargabilidad se había fijado con la finalidad de que los acreedores del propietario fiduciario no pudieran cubrir sus acreencias con aquellos bienes que no eran de su propiedad, pues los detenta fiduciariamente.

No obstante lo anterior, la Corte procede a indicar que contrario sensu, para aquellos casos en los cuales el constituyente ostentaba la calidad de propietario fiduciario no merecía ser considerado con dicha hipótesis, pues este poseía dichos bienes de una forma plena, por lo que tendría las mismas obligaciones que la de los herederos, debiendo pagar primero las obligaciones y deudas de su causante, antes de hacerse dueño de los bienes.

Basado en la discusión anterior, la Corte fija una subregla jurisprudencial basada en:

(i) puede constituirse un fideicomiso civil sin designar un fiduciario, de modo tal que ese papel lo ocupe el mismo fiduciante (de acuerdo con el artículo 807 del Código Civil), pero en ese caso (ii) los acreedores de este podrán embargar los bienes que integran el fideicomiso, porque en realidad no los «posee fiduciariamente» (Sentencia STC 13069, 2019)

Regla la cual se basó en el argumento de que, si la persona que constituye el fideicomiso, es decir el fiduciante o el fideicomitente ejerce la misma calidad de fiduciario, pretendiendo transmitirse a sí mismo la propiedad fiduciaria, en realidad no existiría transferencia alguna, porque este sujeto seguiría siendo el propietario pleno.

Desde esta perspectiva, la Sala de Casación Civil en su decisión niega la tutela interpuesta por los accionantes.

Ahora bien, pese a que la honorable Corte Suprema de Justicia negó las pretensiones de los accionantes, resulta indispensable destacar que algunos de los Magistrados pertenecientes a la sala de casación civil se apartaron de la decisión adoptada por la mayoría y optaron por fundamentar su decisión en el salvamento de voto de la sentencia; razón por la cual, nos permitiremos exponer los motivos facticos y jurídicos que soportan su decisión.

Salvamento de voto con radicado N° 11001-02-03-000-2019-01579-00 del Magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, en el cual se aparta de la decisión adoptada por la sala de Casación Civil, aduciendo que los presupuestos generales contenidos en numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil, invocados por los accionantes, se encuentran aún vigentes dentro del ordenamiento jurídico colombiano, normatividad en la cual se expresa de manera clara, sin distinción alguna, la inembargabilidad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.

Contrario a lo sostenido en aquel proveído por la Colegiatura criticada, en el ordenamiento jurídico patrio continúa vigente lo reglado en el numeral 8° del artículo 1677 del Código Civil -invocado por los accionantes, el cual de manera expresa y clara contempla, sin distinción, la inembargabilidad de «la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente (Sentencia STC 13069, 2019)

Fundamentado en lo anterior, el Magistrado sostiene en su salvamento de voto que al encontrarse vigente la norma que dota de inembargable a los bienes que el deudor posee fiduciariamente, no le era viable al Juez ni a la Corte inmiscuirse en aspectos diferentes a los que habían sido solicitados por los accionantes en la acción de tutela, pues estos sólo debían constatar que se cumplían los requisitos previstos en el apartado normativo, es decir, la existencia del negocio fiduciario que restringe la práctica de medidas cautelares sobre los bienes en los que recae la propiedad fiduciaria.

Así pues, resulta importante anotar en el presente trabajo investigativo que el Magistrado Quiroz Monsalvo trae a colación la misma discusión adoptada por la Superintendencia de Sociedades respecto a la derogatoria de los presupuestos indicados en el numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil, aunque con una posición diferente.

Adjunto a lo anterior, sostiene pues el Magistrado que al momento de la recepción de la acción de Tutela, al fallador judicial sólo le era permitido determinar si los bienes que se encontraban bajo la práctica de medidas cautelares se encontraban sometidos a la propiedad fiduciaria, sin ser viable entrar a ocuparse en otros aspectos ajenos a esto, como

la de entrar a calificar las cualidades y calidades de las partes que intervienen en el negocio fiduciario, como lo son las del fideicomitente y fiduciario, de este modo la función de un juez ya sea individual o plural en un pleito ejecutivo, a la hora de pronunciarse acerca de la inembargabilidad.

Por los motivos antes expuestos, concluye pues el Magistrado Quiroz Monsalvo que la inembargabilidad de la que goza la propiedad fiduciaria otorgada en el numeral 8° del artículo 1677 del Código Civil se encuentra vigente en su literalidad, por lo que no es válida ninguna interpretación por parte del Juez natural, debiendo pues limitarse a establecer si se cumplen los presupuestos que constituyen la propiedad fiduciaria “el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete» (CC C-317/12), al juzgador natural sólo le era dable, en torno a la solicitud del levantamiento de cautelas propuesta, establecer si los predios embargados estaban afectos a la propiedad fiduciaria y, en caso afirmativo, acceder a aquel ruego, o de lo contrario, desecharlo, sin adentrarse en ninguna otra temática.”

En igual sentido, el Magistrado Álvaro Fernando García Restrepo se apartó de la decisión tomada por la sala de la Corte Suprema de Justicia, argumentando que una vez se realizó el análisis de las peticiones y las pruebas presentadas en la acción de tutela, procedía el amparo de los derechos reclamados por los accionantes, pues teniendo en cuenta que la escritura pública No. 2061 del 21 de noviembre de 2011, en la cual se constituyó la propiedad fiduciaria a favor de María Ximena Gómez Gaitán, es anterior al auto que decreta la medida cautelar de embargo sobre los bienes objeto del fideicomiso, por lo que afirma el Magistrado, que los bienes sujetos a la propiedad fiduciaria son inembargables y nunca han dejado de serlo, ni aún con la entrada en vigencia del Código General del Proceso.

Así pues, el Magistrado utiliza nuevamente la literalidad de los artículos 1677 del Código Civil y el 794 de mismo cuerpo normativo, para identificar la naturaleza y la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria, así:

El artículo 1677 del Código Civil señaló, en su numeral 8°, que no es embargable 'fija propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente'.

Artículo 794 del Código Civil: «se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición».

Tal norma es contundente al manifestar la inembargabilidad de esa clase de cosas, lo cual se refrenda con la regla 2488 ejusdem que enseña que 'Nada obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677'.

Conforme a lo anterior, el Magistrado García Restrepo pasa a ocuparse de la ley 105 del 17 de octubre de 1931 o Código Judicial, especialmente en sus cánones 1003 y 1004, en los cuales precisó una lista de bienes que se revisten con la facultad de inembargables, dentro de las cuales no se expresa literalmente la propiedad fiduciaria, ni mucho menos se hace distinción de la calidad de deudor de quien ostenta esa propiedad fiduciaria:

Aquel, precisó que son inembargables las casas con consistoriales, edificios destinados a la instrucción pública, cárceles y demás oficinas públicas de los Departamentos y Municipios, ní las dos terceras partes de las rentas de dichas entidades; y, este, adujo que tampoco son embargables los siguientes bienes: [...] 16. Los demás bienes no embargables conforme al Código Civil o a otras leyes' (sublineado original, como los demás) (p.12)

No obstante, pese a que los cánones 1003 y 1004 del Código Judicial no habían revestido a la propiedad fiduciaria con esa inembargabilidad, no podía pues interpretarse ni asumirse que la misma haya dejado de serlo, pues como bien se ve en el numeral 16 del artículo 1004, el legislador había permitido la existencia de otros bienes que podían pregonarse inembargables, y que se acogían en diferentes cuerpos normativos

Por supuesto, no obstante que en el listado al efecto establecido por el Código Judicial no se relacionó expresamente como inembargable 'fija propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente', en manera alguna se puede predicar que los bienes sujetos a propiedad fiduciaria habían dejado de serlo, como tampoco se podría afirmar que, por lo mismo, verbigracia, el 'patrimonio de familia' de que trata la Ley 70 de 28 de mayo de 1931, <que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables', se hubiere vuelto embargable.

Por otro lado, aduce el Magistrado, qué los decretos 1400 y 2019 de 1970, es decir, el nuevo Código de Procedimiento Civil, había derogado expresamente en su canon 698 las disposiciones contenidas en el Código Judicial, así como ciertas normas del Código Civil, y que en cuanto a la inembargabilidad que revestía a ciertos bienes, había pues establecido "De conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse: [...] 13. Los objetos que posean fiduciariamente'. Lo anterior, no podía pues entenderse como una lista taxativa de los bienes que se pregonan inembargables, sin embargo, el canon 684 había incluido las cosas sujetas al fideicomiso como no embargables, declaración que concuerda con lo estipulado en el numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil, el cual, precisa el Magistrado, no fue derogado ni de forma tácita, expresa y mucho menos orgánica.

No obstante, hay que precisarlo, con la aparición del canon 684 del Código de Procedimiento Civil no operó la derogatoria del 1677 del Código Civil. Ello, ni de forma 'tácita' por cuanto entre ambas normas no obran disposiciones que no puedan

conciliarse, sino lo contrario; tampoco de manera 'expresa, dado que el apuntado artículo no se mentó en el canon 698 del Código de Procedimiento Civil Y menos hubo 'derogatoria orgánica', ya que la ley nueva, es decir, el Código de Procedimiento Civil, no reguló íntegramente la materia a que la anterior disposición, esto es, el Código Civil, se refería.

Así pues, vemos como el Magistrado García Restrepo ha trazado una línea de tiempo con las diferentes codificaciones que han entregado a regular, de forma directa o indirecta, la inembargabilidad de los bienes sometidos a la propiedad fiduciaria. Por lo que acto seguido, se ocupa pues de la derogatoria expresa del Código de Procedimiento Civil a manos del artículo 626 del Código General del Proceso, así como de su parte procedimental, establecida en el artículo 594 de la misma normatividad, en la cual, procede a exponer algunos bienes que se refutan inembargables, realizando la misma distinción que las codificaciones anteriores, al mencionar que existen bienes inembargables señalados en la constitución política o en leyes especiales, por lo que dicho artículo no buscaba nuevamente limitar o enlistar los bienes que gozan de esa inembargabilidad “Motivo por el cual, la circunstancia de que allí no esté enlistado lo atañadero con la propiedad fiduciaria, no es válido argumento para pregonar que hoy por hoy, bajo la vigencia de la Ley 1564 de 2012, tal sí es embargable, que no lo es.”

De esta manera, aduce el Magistrado García Restrepo, en igual sentido que el Magistrado Quiroz Monsalvo, que al momento de resolver acerca de la inembargabilidad de los bienes que se encuentran sometidos al fideicomiso, el juez debía solamente analizar si dichos bienes inmuebles sobre los que recaían la medida cautelar de embargo se encontraban legalmente sujetos o no a la propiedad fiduciaria, sin entrar a calificar o cuestionar el contrato de fideicomiso, por lo que los derechos de los accionantes debían ser amparados por la Corte.

Según lo expuesto anteriormente, nos permitimos indicar que pese a que la figura de la fiducia civil ha sido adoptada en el ordenamiento jurídico Colombiano desde hace ya varias décadas y en varias codificaciones, no se tiene una certeza clara sobre sus alcances, pues como bien lo hemos visto en las diferentes posiciones de los Magistrados de la Corte y en las diversas resoluciones y oficios de las diferentes superintendencias, no se tiene una posición clara y unificada sobre la derogatoria de la inembargabilidad que revisten estos bienes, pues para algunos juristas y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, no se ha presentado una derogatoria tacita ni expresa de las disposiciones emanadas del numeral 8° del artículo 1677 del Código Civil.

Para adoptar alguna de las posiciones que se han presentado en esta discusión, creemos pertinente recordar que la esencia del negocio fiduciario está basada en la confianza, con la intención de salvaguardar un bien hasta tanto se cumpla o se resuelva la condición a la que se encuentran sometidos. Así pues, pese a que la naturaleza del negocio

fiduciario requiere de tres (3) intervinientes, como lo son el fideicomitente, propietario fiduciario y fideicomisario, al permitirse que el fideicomitente ocupe la posición del propietario fiduciario no podría pregonarse una existencia de dos (2) patrimonios distintos para una misma persona, por lo que recaería en este la calidad de propietario pleno y propietario fiduciario.

Basados en lo anterior, bien hace la Corte en realizar un análisis histórico y jurídico sobre el alcance de la fiducia civil, más exactamente de la inembargabilidad de los bienes sometidos al fideicomiso, pues dicha figura no podría verse como una herramienta utilizada con la finalidad de defraudar a los acreedores del constituyente, como bien puede hacerse si este ocupa el mismo lugar de propietario fiduciario, sometiendo pues a que se designe un tercero interviniente para que ostente dicha propiedad, logrando así la custodia de los bienes y la separación de los patrimonios.

Añadido a lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico existen otros mecanismos para salvaguardar y proteger los bienes, como lo son el patrimonio de familia inembargable y la afectación a vivienda familiar, cuya naturaleza es lograr intrínsecamente la protección por medio de la inembargabilidad. Figuras que no requieren de una interpretación adicional, ya que cuentan con unos postulados más claros y expesos.

Ahora bien, es innegable que la figura del fideicomiso civil sigue generando diversas opiniones, pues ha llevado a una discusión doctrinal y jurisprudencial para comprender y establecer mejor sus efectos, por lo que se podría decir que aún con la entrada en vigor de Código General del Proceso y después de una década de existencia de la fiducia civil en nuestro ordenamiento jurídico, no se ha logrado una doctrina probable sobre la inembargabilidad de los bienes, dando lugar a que los jueces tengan que entrar a interpretar y replantear los conceptos que se tienen sobre la misma.

Adentrándonos un poco más en la nueva postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia, la cual compartimos en su totalidad, debemos resaltar que corresponde a cada fallador judicial entrar a determinar si se cumplen con los presupuestos dados por la nueva subregla jurisprudencial para decretar medidas de embargo y secuestro sobre aquellos bienes sobre los cuales se ha constituido un fideicomiso, pues resulta irrisorio plantearse que en aquellos casos en los que el deudor es el mismo propietario pleno este deba tener algún tipo de consideración especial para proteger su patrimonio, más cuando no se ha realizado una traslación de los bienes y no se puede pregonar la existencia de dos patrimonios distintos, pues como bien lo expresa la Corte, resulta impensable que el propietario pleno (Constituyente) se obligue a sí mismo a transferirse su dominio de forma limitada, a sabiendas que ya lo posee de una forma plena.

Lo anterior y como bien se ha dicho a lo largo del presente trabajo, se ha generado gracias a las diversas interpretaciones emanadas del artículo 794 del Código Civil, pues

este en su literalidad no realiza ninguna distinción frente a quien es propietario pleno y quien es propietario fiduciario, sólo establece que la propiedad fiduciaria es aquella que está sujeta al gravamen de pasar a otra en virtud de cumplirse una condición, lo que ha generado que las diferentes instituciones administrativas y hasta las Cortes Judiciales, hayan tenido que entrar a interpretar la norma y precisar sus alcances.

Por lo expuesto, consideramos que si bien la nueva subregla jurisprudencial planteada por la Corte Suprema de Justicia nace de una interpretación realizada por la misma, fuera de la literalidad de la norma, es la que mejor pondera los derechos del fideicomitente y de los acreedores, pues si bien el primero tiene el derecho de disponer de sus bienes y limitarlos a su arbitrio, la Corte se encarga de proteger los derechos que tiene el acreedor para respaldar y perseguir los bienes del deudor y cubrir sus acreencias con este, sin lugar a excepciones que puedan desfavorecer la prenda general de los acreedores.

Conclusiones.

Desde los inicios de la institución Romana existió la figura del “Fidei Comittere”, que no era otra cosa que la ejecución de la última voluntad del causante, así pues, el fideicomiso se presentaba como una figura más permisiva que el testamento, mediante la cual se obtenía la propiedad de un bien que se daba a otra persona bajo una condición. En el antiguo derecho Romano se encuentra la fuente principal que comprende todos los postulados del fideicomiso civil, en el cual se constituye no como una institución con fuerza jurídica vinculante, si no como un negocio basado en la confianza, la buena fe y la

seguridad, donde se transmitía una propiedad a un tercero, una vez se cumpliera o se resolviera la condición a la que se encontraban sujeta dicha propiedad.

Unas de las grandes razones por las que se desarrolló el proceso de fiducia en época romana, fue la incapacidad que tenían las personas frente a la posibilidad de disponer de los bienes en la herencia, por lo que el negocio fiduciario permitía la facilidad del acto entre vivos siempre y cuando se cumpliera con una serie de condiciones. Podríamos ver, que el derecho romano buscó con el fideicomiso una herramienta a través de la cual se permitiera la acción de transmisión de su herencia, total o parcial, a través de un intermediario sin la necesidad u obligatoriedad de un vínculo sanguíneo o civil.

La figura de la fiducia Civil ha sido incluida al pasar de los años en las diferentes codificaciones normativas, encontrándose aún vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano, con el objetivo de limitar la propiedad de determinados bienes que pertenecen al patrimonio de una persona, con una debida estipulación de condiciones las cuales al momento de su resolución, dan paso al nacimiento del derecho del beneficiario del fideicomiso, el cual hasta tanto no tiene sino la simple expectativa de la propiedad de los bienes.

Debido a la importancia que tiene la figura de la fiducia Civil en el ordenamiento jurídico, distintas instituciones, como la Superintendencia de Notariado y Registro y la Superintendencia de Sociedades se han pronunciado frente a la inembargabilidad que reviste a los bienes sometidos al negocio fiduciario y a la vigencia de numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil, lo que ha generado diversas interpretaciones y disparidad de conceptos sobre los alcances de la propiedad fiduciaria.

La Honorable Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Civil, se vio obligada a analizar y replantear los postulados que contiene el Código Civil en materia de la inembargabilidad de los bienes sujetos al fideicomiso, por lo que se fija una nueva Subregla Jurisprudencial, indispensable para resolver las controversias emanadas de la vigencia o no del numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil, la cual se ocupó de las calidades y cualidades que ostentaban los diferentes intervinientes del negocio fiduciario, procurando que dicha inembargabilidad no se postulara como una alternativa para defraudar acreedores.

Pese a que la Corte Suprema de Justicia ha puesto fin a la discusión sobre la inembargabilidad o no de la propiedad fiduciaria, resulta innegable que la figura de la fiducia civil ha sido objeto de múltiples interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, por lo que las Superintendencias y la Corte se vieron en la obligación de modificar su jurisprudencia, aceptando pues que la designación de un propietario fiduciario diferente al fideicomitente, es fundamental para demostrar la separación de patrimonios y la

traslación de los bienes que se encuentran sometidos al negocio fiduciario, diferenciado así la propiedad plena y la propiedad fiduciaria, en la cual, la segunda si goza de la inembargabilidad que se pregona en el numeral 8 del 1677 del Código Civil.

Bibliografía

- Arboleda, J. E., Beltrán, J. C., y Quintero, C. A. (2018). Aspectos generales en la celebración del contrato Leasing financiero realizados por parte de las autoridades públicas.
- Avendaño, F. (2016). *El fideicomiso*. Lima.
- Azuero., R. (2005). Negocios fiduciarios; Su significación en América Latina.
- Cardona, M., Castañeda, E., y Delgado, L. (2012). *Análisis del Uso de la Fiducia Mercantil de administración y fuente de pago como herramienta de financiación PYMES en Colombia*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Castro, J. G., y Calonje, N. X. (2015). Modalidades de las obligaciones. *Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis ya la constitucionalización*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Claret, P. (1946). *De la fiducia y del "trust"*. Estudio de Derecho comparado. Barcelona.
-
- Código Civil Colombiano (1873), Ley 84 de 1873, Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873
- Código de Comercio Colombiano (1971) Decreto 410 de 1971
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011). Ley 1437 de 2011 - Secretaria del Senado
- Código Judicial (1931) ley 105 del 17 de octubre de 1931
- Corte Constitucional, Sentencia C 189 (2006) Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería,
- Corte Constitucional, Sentencia C-046 (2017) Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez
- Corte Constitucional, Sentencia C-374 (1997) Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo

- Corte Suprema de Justicia Sentencia 7916 (2018) Magistrado ponente: Luis Alonso Rico
Puerta
- Corte Suprema de Justicia Sentencia C 13069, 2019, Magistrado Ponente: Luis Armando
Tolosa Villabona
- De Hoz, L. F. (2018). *Implicaciones jurídicas entre fideicomiso civil, la fiducia mercantil, y la inembargabilidad de la propiedad en el territorio colombiano* (Doctoral dissertation, Universidad de la Costa).
- Diccionario de la lengua castellana de la Real Academia Española (DRAE) (2021)
- FIDUCOLDEX. (2021). Glosario fiducia mercantil.
https://www.fiducoldex.com.co/sites/default/files/pdf/10.2.7-GLOSARIO_0.pdf
- Gómez, E. G. (1949). Las obligaciones del derecho civil colombiano. *Estudios de Derecho*, 11(33), 421-456.
- González, C. A. (2019). *Fiducia y patrimonios autónomos en Colombia. Un análisis desde la dogmática jurídica*. Bogotá
- González, R. (2008). Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latino América. *Federación Latinoamericana de Bancos, "FELABAN", memorias*. Caracas
- González, T. A., y Cubaque, J. A. (2013). *Historia, reglamentación y clasificación de la fiducia mercantil en el régimen colombiano y el surgimiento y naturaleza en el derecho comparado* (Doctoral dissertation, Universidad de la Sabana).
- Klug, U. (2004). *Lógica jurídica*. Bogotá: Editorial Temis.
- Márquez, M. (2014). *Fideicomiso, aspectos jurídicos, contables y tributarios*. Antioquia
- Navarro, L. D. (2016). *La fiducia mercantil en Colombia: un estudio sobre el déficit regulatorio frente al lavado de activos*.
- Palacios, J. A. (2014). *La evolución normativa del tratamiento tributario de los contratos de Fiducia Mercantil* (Bachelor's thesis, Uniandes).
- Petit, E. Tratado elemental de Derecho Romano. Traducido por José Ferrández González. Editorial Porrúa, 23 Edición. México.

- Rengifo, E. G. (2011) *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Universidad Externado de Colombia
- Rosenfeld, M. (1988). Interpretación judicial y aplicación de la Constitución en los Estados Unidos. *Cuadernos de Derecho Público*.
- Sablich, C. A. (2010). El contrato de fideicomiso: Regulación y perspectivas de desarrollo en el Perú. Ica.
- Superintendencia de Notariado y Registro (2017) *Instrucción Administrativa* del 15 de marzo del 2017. Bogotá
- Superintendencia de Notariado y Registro (2018). *Instrucción Administrativa 19 de 2018*. Bogotá.
- Superintendencia de Sociedades (2017) Oficio N° 220-111308. Inembargabilidad de la propiedad fiduciaria o Fideicomiso civil.
- Terranza, J. D. P. (1998). Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso. *Revista Chilena de Derecho*, 939-952.
- Velásquez, L. G. (2000). Bienes. 8a. Ed., Bogotá, Temis.