

Fiducia y defraudación conyugal

Ruben Darío Valdiris Fuentes

Julián Sierra Restrepo

Asesor

Jaime Arturo González Jaramillo

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Medellín, Antioquia

2019

Tabla de contenido

Introducción.....	1
Objetivos.....	5
Objetivo general.....	5
Objetivos específicos	5
Capítulo I	6
Disolución y liquidación de sociedades conyugales a la luz del Código Civil Colombiano .	6
Disolución y liquidación de sociedades conyugales.....	6
Conductas defraudatorias de la sociedad conyugal	8
Mecanismos de protección del cónyuge afectado.....	9
Capítulo II.....	13
La fiducia.....	13
Surgimiento de la fiducia	13
Fiducia civil y mercantil	18
Fiducia civil.....	19
Fiducia mercantil.....	22
Diferencias entre fiducia civil y fiducia mercantil.....	28
Capítulo III	31
Fiducia y defraudación conyugal.....	31
Conclusiones.....	43

Introducción

El presente trabajo de investigación está destinado al desarrollo de un campo del derecho que aumenta su incidencia en el diario vivir de los colombianos, pero que, a pesar de ello, continúa siendo insuficientemente explorado por la doctrina y jurisprudencia, tanto nacionales, como internacionales. Es entonces que la búsqueda de una comprensión jurídica del asunto a tratar en el presente escrito, se vislumbra como un hecho de vital importancia tanto en el contexto jurídico, como social; ya sea a nivel regional, nacional o internacional.

Esta investigación busca definir, en qué medida, el establecimiento de propiedad fiduciaria, el cual está debidamente permitido por la Ley, puede configurarse como un medio para defraudar las sociedades conyugales no capituladas; tópico de interés actual en materia de derecho de familia por su falta de regulación. Como se enuncia anteriormente, al ser un tema de alta incidencia, se hace importante su análisis con el fin de estudiar las circunstancias sobre las cuales se lleva a cabo, y cómo atenta directamente sobre el patrimonio de la parte afectada.

Por razones que están más allá de éste análisis, y que se pueden atribuir al cambio generacional y social; hay una tendencia marcada, y directamente proporcional, entre el aumento en la capacidad de adquisición económica de las personas, y el aumento en la cifra de divorcios. Lo anterior, se puede evidenciar, para el caso del aumento en el número de divorcios realizados en el país, en el conjunto de datos “Divorcios en Colombia”; el cual es una documentación del número de divorcios llevados a cabo en todas las notarías del país entre el primer trimestre del año 2016 y el segundo trimestre del año 2019; recopilación, que fue realizada por la Oficina Asesora de Planeación - Grupo de Estadística Registral y Notarial, dependencia adscrita a la Superintendencia de Notariado y Registro. En este escrito, la oficina mencionada de la Superintendencia de Notariado y Registro, manifiesta el número de divorcios realizados en las notarías de los distintos

departamentos del país, dejando en evidencia casos como el del Departamento de Antioquia; en el cual, se reflejó un aumento de 124 divorcios entre el 2017 y el 2018, siendo este, solo un ejemplo de muchos que se evidencian en el conjunto de datos realizado por la Superintendencia de Notariado y Registro. En cuanto al aumento en la capacidad de adquisición económica de los colombianos, esta encuentra sustento en el último reporte de la Credit Suisse, el Global Wealth Report 2018; en el cual se indicó que la riqueza en Colombia para el año 2018 ascendió a la cifra de US\$ 616.000 millones, por encima de los US\$609.000 millones reportados por la Credit Suisse para el año 2016. Según esta misma entidad, el aumento patrimonial también se ve reflejado para los ciudadanos, reportando un promedio para este indicador de US \$18.239, cifra superior a las de todos los años anteriores.

En alusión a lo anterior, es cada vez más común que las personas se divorcien, y que por ello, se generen procesos de disolución y liquidación de sociedades conyugales, en los que se encuentran en pugna bienes de considerable cuantía; causando esto, que figuras como el establecimiento de propiedad fiduciaria, pasen a tener un papel protagónico en la protección de los bienes que componen el haber social y se convierten en objeto de litigio. Lo anterior, se encuentra soportado en una marcada tendencia al establecimiento de propiedad fiduciaria en los últimos años; prueba de ello, son los 165 establecimientos de propiedad fiduciaria que se han realizado en las notarías dieciséis y dieciocho de la ciudad de Medellín durante el año 2019.

Realizado un rastreo de información en las mencionadas notarías, las cuales fueron seleccionadas por ser dos de las notarías más concurridas en la capital del Departamento de Antioquia, se encontró que desde el primero de enero, hasta el veintisiete de mayo del año 2019, se adelantaron 61 establecimientos de propiedad fiduciaria en la notaría dieciséis; además, que en la notaría dieciocho de la misma ciudad, dentro del mismo periodo de tiempo, se llevaron a cabo

104 establecimientos de propiedad fiduciaria. Dicho lapso de tiempo fue seleccionado teniendo en cuenta que el conjunto de datos “Divorcios en Colombia”, del cual se tomó el registro del número de divorcios realizados en los últimos tres años, solo posee registros para los dos primeros trimestres del año 2019; ya que dicho conjunto de datos, no contiene información referente al número de divorcios realizados en la segunda mitad del año en mención.

Cabe destacar, que cuando las personas adquieren los bienes que terminan siendo parte del haber social, es usual que no se preocupen por escriturar dichos bienes de manera conjunta, es decir, hacerlos propiedad de ambos en porciones iguales; siendo lo común que todos los bienes estén en cabeza de uno de los cónyuges, o repartidos entre ambos, sin tener en cuenta que dicha repartición sea equitativa o no. Es por lo anterior, que a la hora de realizar la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, el Código Civil Colombiano exige que todos los bienes se repartan en porciones equitativas, para así garantizar la justa distribución del haber social.

Continuando con la descripción del problema que nos atañe, es de público conocimiento para los abogados, que mientras la sociedad conyugal subsista, los cónyuges son libres de administrar, usar o enajenar los bienes que se encuentren a su nombre, dotando a estos, de una libertad total para disponer de dichos bienes a placer. Es aquí, entonces, donde surge el siguiente interrogante: ¿cómo proteger los bienes que están en cabeza propia, y así conservar la ventaja sobre el cónyuge que se convierte en contraparte? La respuesta a dicho interrogante, puede ser encontrada bajo diversos medios que son amparados por la libre administración de los bienes sociales, entre estos, el establecimiento de propiedad fiduciaria; erigiéndose esta institución legal, como una opción real y efectiva, que permite asegurar la propiedad sobre los bienes sociales que se encuentran en cabeza propia, ante la amenaza de una ruptura de la sociedad conyugal.

El establecimiento de propiedad fiduciaria, como forma de asegurar la propiedad sobre los bienes sociales que se encuentran en cabeza propia, tiene elementos que se relacionan con la figura del ocultamiento de bienes; siendo este, el principal medio de defraudación de la sociedad conyugal, generando como sanción para el cónyuge que oculte o sustraiga bienes de la sociedad conyugal, la pérdida de su porción en los mismos, y la obligación de restituirlos doblados.

Esta investigación es cualitativa, porque busca comprender comportamientos, acciones o hechos de grupos sociales o sujetos de derecho. Su enfoque es constructivista, porque parte de entender la realidad como un producto de la acción de los sujetos; en tal sentido, la defraudación de la sociedad conyugal, vía establecimiento de propiedad fiduciaria, es una forma de producir realidades que afectan las relaciones sociales, conyugales y civiles. Tiene características históricas por las fuentes bibliográficas que utiliza, las cuáles se componen de documentos, libros y compilaciones normativas. Fundamentándose lo anterior en el análisis de situaciones y en la interpretación hermenéutica de la norma jurídica.

Las técnicas utilizadas para la recolección de la información, fueron las entrevistas realizadas a los funcionarios de las notarías en las cuales se hizo el rastreo de la cantidad de establecimientos de propiedad fiduciaria llevados a cabo en el año 2019; además, del uso de fichas bibliográficas.

Objetivos

Objetivo general

Describir las situaciones en que el establecimiento de propiedad fiduciaria puede defraudar la sociedad conyugal.

Objetivos específicos

1. Sintetizar las normas sobre disolución y liquidación de la sociedad conyugal descrita en los artículos 1820 a 1835 de la ley 57 de 1887 que le sean aplicables.

2. Analizar las conductas que defraudan la sociedad conyugal, según lo contenido en el artículo 1824 del código civil colombiano.

3. Realizar un paralelo sobre las normas que regulan el establecimiento de propiedad fiduciaria en Colombia, a la luz de los artículos 794, 795, 796, 799, 805, 808, 810 y 822 del código civil y 1226, 1227, 1228, 1230, 1234, 1237 y 1240 del código de comercio colombianos.

Capítulo I

Disolución y liquidación de sociedades conyugales a la luz del Código Civil Colombiano

Disolución y liquidación de sociedades conyugales

En alusión a lo que se busca, que es la descripción de las situaciones en que el establecimiento de propiedad fiduciaria puede defraudar la sociedad conyugal; es importante entender el manejo de la disolución y liquidación de sociedades conyugales en Colombia, para lo que se hará uso del capítulo quinto del título vigésimo segundo de la Ley 57 de 1887. De este capítulo se extraerán, las causales de disolución de la sociedad conyugal, así como lo referente al concepto de liquidación de la sociedad conyugal.

En primer lugar, la disolución de sociedades conyugales en Colombia, tiene unas causales expresas y taxativas que deben darse como presupuesto de inicio para que la misma pueda llevarse a cabo, causales, que se hallan contenidas en el artículo 1820 del Código Civil Colombiano, y son las siguientes:

1. Por la disolución del matrimonio.
2. Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla.
3. Por la sentencia de separación de bienes.
4. Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este Código. En este evento, no se forma sociedad conyugal, y

5. Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación. (Ley 57, 1887, art. 1820)

El caso referido en la segunda parte del numeral cuarto del artículo 1820 del Código Civil Colombiano, «salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este Código.» (Ley 57, 1887, art. 1820), hace referencia a cuando la nulidad del matrimonio es decretada porque uno de los cónyuges hace parte de una sociedad conyugal anterior a la que se pretende disolver, caso en el cual, la sociedad conyugal a disolver nunca se formó, como lo expresa el numeral cuarto del artículo 1820 del Código Civil Colombiano en su parte final.

Es entonces, que, si no se configura alguna de estas cinco causales, la disolución de la sociedad conyugal no podrá llevarse a cabo, y por ende no podrá ser liquidada.

La liquidación de la sociedad conyugal se encuentra contemplada en los artículos 1821 a 1835 del Código Civil Colombiano, y consiste en la división y partición de los bienes que componen el haber social, los cuales han sido sometidos previamente a una deducción de los pasivos que se hayan generado en vigencia de la sociedad conyugal, a una exclusión de los bienes propios, y al pago de las subrogaciones que los cónyuges hayan realizado en favor de la sociedad conyugal.

Es importante tener en cuenta también, que una vez disuelta la sociedad conyugal, ésta debe ser liquidada, pero este hecho no implica que sean procesos que estén necesariamente ligados en condiciones temporales, ya que pueden realizarse de manera separada y sin perjuicio de sus efectos.

Conductas defraudatorias de la sociedad conyugal

El Código Civil Colombiano (ley 57 de 1887) establece solo una conducta de defraudación de la sociedad conyugal, la cual se encuentra contenida en su artículo 1824 y se denomina como ocultamiento de bienes sociales.

La norma anteriormente citada expresa: «Aquel de los dos cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado a restituirla doblada.» (Ley 57, 1887, art. 1824).

El ocultamiento de bienes, requiere para su constitución, la intervención de uno o más individuos quienes deben cumplir una calidad especial, ser cónyuge participante de ese haber social del que se estime que hubo ocultamiento de bienes, o heredero de alguno de los cónyuges participantes en el haber social del que se repunte el ocultamiento de bienes; así como también, la distracción de bienes pertenecientes al haber social. Además de lo anterior, también se requiere que toda esta conducta esté revestida de la intención positiva de causar daño a otra persona, o personas, que también cumplan con la calidad especial de ser cónyuges o herederos participantes del haber social del que se predique el ocultamiento de bienes sociales. Lo anterior, no significa más que, uno de los cónyuges o sus herederos, distraiga u oculte bienes de la sociedad conyugal, con la intención de causar un menoscabo en el patrimonio del otro cónyuge o de los herederos del mismo.

Como se ha expresado, el ocultamiento de bienes sociales es la única conducta de defraudación de la sociedad conyugal contenida en el Código Civil Colombiano, pero no debe entenderse como una conducta simple, ya que como la norma lo indica, el ocultamiento de bienes sociales debe entenderse, toda acción o conducta en la que de manera dolosa se oculten o distraigan

bienes pertenecientes a la sociedad. Lo expresado anteriormente, indica que cualquier conducta en la que encaje el presupuesto mencionado, puede ser comprendida por el funcionario judicial como un ocultamiento de bienes; por lo que puede hacerse acreedor, quien incurra en una de estas conductas, de la sanción contenida en el precepto legal del artículo 1824 del Código Civil Colombiano previamente indicado.

Como ejemplo a lo anterior, encontramos los contratos simulados, como la simulación en la compraventa o la donación; así como también, el establecimiento de propiedad fiduciaria en favor de un tercero. Establecimiento de propiedad fiduciaria en el que el cónyuge o heredero, en calidad de fideicomitente, aporte un bien que tenga la característica de ser social al negocio fiduciario; pactando que cumplida la finalidad, el bien pase al dominio de un tercero con el que tiene un pacto clandestino para que este le restituya el bien una vez se encuentre disuelta y liquidada su sociedad conyugal; incurriendo así en un ocultamiento de bienes sociales.

Mecanismos de protección del cónyuge afectado

En apartes anteriores de la presente investigación, se ha dejado claridad sobre cómo funciona la figura del ocultamiento de bienes y las consecuencias que trae para ambos cónyuges al momento de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal; pero no se ha hecho mención sobre las alternativas que le quedan al cónyuge que ha sido víctima de dicha conducta, a fin de lograr que se respete su derecho. A su vez, que quién haya incurrido en el ocultamiento de bienes sea sancionado conforme lo establece el artículo 1824 del Código Civil Colombiano, es decir, perdiendo su porción sobre lo ocultado y siendo obligado a restituirlo doblado. Es por esto que se

hace pertinente establecer, el procedimiento mediante el cual, el cónyuge que se vio afectado, puede solicitar la protección del derecho que le asiste.

Para el anterior efecto, es importante tener en cuenta el funcionamiento general del derecho en Colombia, el cual cuenta con dos componentes esenciales, como lo son, el derecho sustancial, y el derecho procesal; por lo que es menester hacer referencia a estos dos conceptos.

Si bien los objetivos, tanto general como específicos de la presente investigación, se encuentran delimitados a las principales normas que regulan el derecho civil y mercantil en Colombia (Ley 57 de 1887 y Decreto 410 de 1971); con el fin de poder dar una explicación más asertiva de los conceptos anteriormente mencionados, es inevitable hacer uso de la sentencia de constitucionalidad C-029 de 1995 proferida por la Corte Constitucional Colombiana, en la cual, se hace mención a estos dos conceptos esenciales. La corte expresa en dicha sentencia lo siguiente:

Cuando se habla de derecho sustancial o material, se piensa, por ejemplo, en el derecho civil o en el derecho penal, por oposición al derecho procesal, derecho formal o adjetivo. Estas denominaciones significan que el derecho sustancial consagra en abstracto los derechos, mientras que el derecho formal o adjetivo establece la forma de la actividad jurisdiccional cuya finalidad es la realización de tales derechos. (Sentencia C 029, 1995)

De lo anterior se puede establecer que, el derecho sustancial es aquel en el que se encuentran consagrados todos aquellos derechos que tienen las personas que se encuentran en las condiciones establecidas por los mismos; mientras que el derecho procesal, es aquel que regula el cómo se adelanta la administración de justicia, y, por ende, el cómo se materializan todos esos derechos consagrados en el derecho sustancial. Hasta aquí, es posible diferenciar que el artículo 1824 del Código Civil Colombiano que consagra la figura del ocultamiento de bienes y su sanción,

es una norma de derecho sustancial, mientras que el mecanismo por el cual el cónyuge afectado puede solicitar que se dé cumplimiento a la citada norma, obedecerá a los preceptos contenidos en el derecho procesal.

El mecanismo del que se habla es el proceso jurisdiccional, mediante el cual, el juez, como figura imparcial, resuelve las controversias que tienen las partes, conforme a unos hechos jurídicamente relevantes y unos medios de prueba que pueden ser presentados por las partes o solicitados de oficio por el juez, con el fin de lograr la igualdad entre la verdad material y la verdad formal.

Como es manifiesto, la finalidad de esta investigación no está dirigida a comprender la realidad del derecho procesal colombiano, por ende, solo se procederá a identificar las figuras necesarias para llegar a la comprensión del asunto objeto de la presente investigación.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede identificar que el cónyuge afectado es quien debe acudir ante el juez competente para que este, como figura imparcial, decida sobre si hubo o no un ocultamiento de bienes; además de decidir sobre si el cónyuge que incurrió en ese ocultamiento de bienes, debe hacerse, o no, acreedor de la sanción respectiva. Para esto, el juez debe tener en cuenta los hechos jurídicamente relevantes y los medios probatorios allegados al proceso por ambas partes; es entonces que, los hechos jurídicamente relevantes son aquellos dirigidos a probar que se configuraron las condiciones exigidas por el artículo 1824 del Código Civil Colombiano, las cuales son, la condición de cónyuge, que el ocultamiento haya sido doloso, es decir, con la intención de causar daño, y que la cosa ocultada pertenezca a la sociedad.

Por otro lado, en cuanto a los medios probatorios allegados, se debe tener en cuenta que en el derecho procesal colombiano prima el principio de libertad probatoria, así como le ha llamado

la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 11001 del año 2017, a la facultad otorgada por el inciso primero del artículo 165 del Código General del Proceso para hacer uso de cualquier medio de prueba que ayude a convencer al Juez «Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.» (Ley 1564, 2012, art. 165). El principio de libertad probatoria dicta que los hechos jurídicamente relevantes pueden ser probados por cualquier medio, excepto en las situaciones para las cuales se han establecido medios probatorios específicos; como en el caso de la tradición de bienes inmuebles, que solo se prueba mediante escritura pública y registro en la oficina de instrumentos públicos. Además de lo anteriormente mencionado, los medios probatorios deben cumplir con unos requisitos intrínsecos, como lo son la pertinencia, conducencia, utilidad y licitud; esto, según lo establecido en el artículo 168 del Código General del Proceso, el cual exige estos requisitos de forma negativa, es decir, refiriendo que la falta de los mismos genera un rechazo de la solicitud probatoria «El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.» (Ley 1564, 2012, art. 168).

En conclusión, el cónyuge que se vea afectado por el ocultamiento de bienes, puede solicitar ante el juez competente, que se condene al cónyuge que incurrió en el ocultamiento de bienes a la sanción prevista para tal efecto; para lo cual, debe citarlo como parte en el proceso, enunciar los hechos jurídicamente relevantes para tal efecto, y aportar los medios probatorios necesarios para que el juez entienda por probada la ocurrencia de esos hechos jurídicamente relevantes.

Capítulo II

La fiducia

Para el desarrollo de este capítulo, es menester realizar una contextualización sobre el establecimiento de propiedad fiduciaria; para lo cual, se procederá al desarrollo de diversos temas que se hacen necesarios para el entendimiento de los negocios fiduciarios. Dichos temas serán, el surgimiento histórico de la propiedad fiduciaria, el negocio fiduciario civil y mercantil, y las principales diferencias entre dichos negocios fiduciarios.

Surgimiento de la fiducia

El fideicomiso es una figura jurídica de antaño, la cual tiene vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto en el Código Civil, Ley 57 de 1887, bajo la forma del fideicomiso civil; como en el Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, bajo la forma de contrato de fiducia mercantil. A pesar de ello, cabe destacar, que esta figura jurídica tiene muchos más años de existencia dentro del ámbito jurídico, como así lo sugiere el autor Eugene Petit.

Petit, menciona que la existencia del fideicomiso civil, surge del derecho clásico Romano; pero que también guarda algunas de sus raíces en el derecho anglosajón con la figura jurídica “Trust”, la cual se reconoce como aquella relación jurídica en la que el “settlor” que es quien la constituye, cede la propiedad de sus bienes a otra persona de su confianza, la cual se denomina “Trustee”, para que esta, administre dichos bienes en beneficio de un tercero.

Para iniciar con el recorrido histórico del fideicomiso, hay que remitirse a la época del imperio romano, ya que «No sería posible entender la formación y desarrollo del derecho continental europeo y particularmente del francés, sin reconocer la influencia significativa que

tuvo el derecho romano» (Rodríguez, 2017, p. 3); tanto así, que muchos consideran al imperio romano como la cuna del derecho civil. La regulación normativa de aquel entonces, se encontraba contenida en el Corpus Iuris Civilis, el cual se ha erigido como uno de los textos jurídicos más importantes de la historia; reflejando el buen trabajo realizado por Justiniano dentro de la rama del derecho civil.

En palabras del autor Sergio Rodríguez «Parecería que las primeras manifestaciones de la fiducia surgieron en el periodo inicial, llamado también arcaico y, sin duda, fueron reconocidas y empleadas durante la Republica» (Rodríguez, 2005, p. 4)

Según Rodríguez, en su libro negocios fiduciarios, demuestra a plenitud, la creación histórica de la propiedad fiduciaria como figura jurídica, y esta se la adjudica al pueblo romano en sus diferentes etapas de desarrollo político, jurídico y social. También manifiesta Sergio Rodríguez, que fue en la etapa de la República donde la aplicabilidad jurídica de la propiedad fiduciaria tuvo mayor relevancia, ya que fue en dicha etapa, que se utilizó el derecho civil como fuente principal de derecho, dotando a la propiedad fiduciaria de amplia popularidad en el pueblo romano.

La constitución de la propiedad fiduciaria en Roma, suponía la transmisión de la propiedad de una persona a otra, mediante dos figuras jurídicas utilizadas como modos de adquirir; estas son, la mancipatio y la in iure cessio, encontrándose la mancipatio regulada en la Ley de las XII tablas. Como forma de aplicabilidad, «Gayo nos describe la mancipatio como una imaginaria venditio, esto es, una suerte de venta simulada, llevada a cabo de una manera solemne y ritualizada» (Amunátegui, 2011, pp. 46-47). Para realizar la mancipatio se necesitaba de una balanza, y se utilizaba la moneda de bronce; cuyo valor dependía del peso de la misma, y no de la cantidad, siendo utilizado el bronce como la moneda idónea para comerciar. La mancipatio como acto

jurídico, se perfeccionaba cumpliendo unos requerimientos diferentes a los dos anteriormente mencionados; ya que, estas eran las herramientas, la forma de cómo se materializaba la voluntad de las partes contratantes, configurando así, ese consentimiento requerido para la realización de todos los actos jurídicos bilaterales. Como requisitos adicionales, se necesitaba la presencia de cinco testigos ciudadanos romanos púberes, además de un encargado de sostener la balanza; este último adquiriría el nombre de librepens. Para el perfeccionamiento de la *mancipatio*, se necesitaba recitar una oración característica mientras se sostenía la cosa con la mano; el sujeto activo de la relación contractual debía decir, «afirmo que esta cosa es mía según el Derecho romano y que la compro con este cobre y con esta balanza de cobre» (Ortega Carrillo de Albornoz, 2012, pp. 169-171). Luego de ello debía golpear la balanza con un trozo de cobre, entregándolo al transmitente, siempre y cuando el negocio se realice sobre un bien mueble; para el perfeccionamiento del acto de *mancipatio* sobre bien inmueble, no se necesitaba tenerlo en el lugar de la realización del negocio, se podía realizar en un lugar diferente, pero cumpliendo con los requisitos anteriormente mencionados. Por último, se señala que:

El efecto de la *mancipatio* era un traspaso inmediato de la propiedad, cuyo efecto no podía suspenderse por ningún término ni condición, porque las palabras pronunciadas por el adquirente aseguran un derecho actual y verdadero. Pero la *mancipatio* no da la posesión, y el adquirente posee tan sólo, si la cosa le ha sido entregada. (Petit , 1995, p. 263)

Por otro lado, la otra figura jurídica utilizada por el pueblo romano como modo de adquirir, fue la *in iure cessio*, figura que compartía funciones con la *mancipatio*, ya que ambas podían «servir para la transmisión tanto de la propiedad como de la potestad paternal». (Lozano Corbi, 1994, p. 91). La *in iure cesio*, como acto jurídico bilateral, requería de más elementos para su perfeccionamiento, diferente a la *mancipatio*. En la *in iure cesio*, se requería la presencia del

magistrado, junto con unas respectivas formalidades, como lo son: El cedente y el adquirente debían comparecer delante del tribunal del pretor en Roma, y también frente al presidente en las provincias; la cosa debía estar presente, a excepción de los bienes inmuebles; para este caso, se trasladaban hasta el lugar de ubicación del bien inmueble, pero este requisito dejó de utilizarse ya que se suplía dicha condición a través de algún documento que representase el inmueble. Esta aplicación, se dio probablemente a partir de la época clásica; el adquirente debía poner la mano sobre la cosa, y siguiente a ello debía afirmar ser el propietario según el derecho civil; luego de ello, el magistrado presente le debía preguntar al cedente si tiene alguna pretensión contraria, para lo cual, si el cedente no manifiesta ninguna oposición, se perfecciona la *in iure cesio*, y por ende el magistrado sanciona y declara propietario al adquirente.

En conclusión, el doctrinante Eugéne Petit nos indica que:

La *in iure cesio* no es más que la imagen de un proceso de reivindicación bajo las acciones de la ley; proceso ficticio, en que las partes están de acuerdo y en donde todo se termina por la adhesión del demandado, es decir, del cedente, a la pretensión del demandante. (Petit , 1995, p. 264).

Culminada la explicación correspondiente a las figuras jurídicas utilizadas en Roma para la transmisión de la propiedad (*mancipatio* e *in iure cesio*), faltaba otro paso para la configuración de la propiedad fiduciaria; y ese paso consistió en adquirir la propiedad, con el propósito de que quien la recibiese debía devolverla, esto como finalidad del negocio. Las dos principales modalidades de aplicación de la propiedad fiduciaria en la época del imperio romano, fueron el *Pactum Fiduciae Cum Creditore*, y el *Pactum Fiduciae Cum Amico*; aunque también, se desarrolló la modalidad del *fideicommissum*, como disposición de última voluntad frente al derecho sucesoral, la cual consistía en la transmisión del bien por causa de muerte.

El Pactum Fiduciae es una figura jurídica que «implicó un acuerdo con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias». (Rodríguez, 2005, p. 7). El Pactum Fiduciae, tenía dos formas principales de aplicación, llamadas Fiduciae Cum Creditore y Fiduciae Cum Amico.

El Pactum Fiduciae Cum Creditore, fue un negocio que se realizaba a título oneroso y representó la constitución de garantías; consistiendo en la forma en que el deudor, constituía para su acreedor una seguridad real llamada garantía. Esta figura tenía como base para su aplicación los negocios realizados por mancipatio, y la in iure cessio; siempre y cuando, en el momento de su realización, se tuviera como finalidad la retransmisión de la propiedad, una vez satisfecha la obligación, catalogándose este como el único derecho real de garantía clásico. La Fiducia Cum Creditore, se soportaba exclusivamente en la buena fe, la cual implicó que «el acreedor figurara como propietario pleno sin que el deudor gozara de acción alguna en caso de incumplimiento por parte de aquél». (Rodríguez, 2005, p. 8).

El Pactum Fiduciae Cum Amico, fue la otra modalidad de aplicación del Pactum fiduciae en Roma; este tipo de pacto fiduciario comporta diferentes efectos jurídicos con respecto a su aplicación; siendo un pacto en el cual, la obligación de retransmitir la cosa por parte del fiduciario, no dependía de ningún evento o circunstancia, de forma que el fiduciante tenía la facultad de ejercer el acto de fiducia, y reintegrar el bien a su patrimonio, de manera arbitraria.

Esta modalidad se celebraba a título no oneroso, se manifestaba el interés del fiduciante y no del fiduciario, por lo cual «buscaba transferir los bienes para que este pudiese disponer de los mismos y ejercitar las facultades inherentes al dueño como administrarlos, celebrar contratos en torno a ellos, defenderlos contra el ataque de terceros, etc.» (Rodríguez, 2005, p. 17). Se utilizaba con personas de entera confianza, ya que la persona en la cual recaía el bien mediante el Pactum

fiduciae, utilizando la modalidad de Fiducia cum amico, adquiriría mucho más que la mera tenencia del bien, ya que esto se realizaba para tener una protección más eficaz, en el caso en que su propietario no estuviera disponible para proteger su bien.

Fiducia civil y mercantil

En el presente capítulo se tomará como referente conceptual a los doctrinantes Sergio Rodríguez Azuero en su obra “Negocios Fiduciarios su Significación en América Latina”, y Martha Patricia Hernández Limongi en su obra “Guía Jurídica de los Negocios Fiduciarios en Colombia”; además, se hará uso de la Ley 57 de 1887, y del Decreto 410 de 1971, en cuanto a lo concerniente al negocio fiduciario.

El Código de Comercio y el Código Civil, establecen la existencia de dos tipos de negocios fiduciarios, como lo son la propiedad fiduciaria civil y el contrato de fiducia mercantil; de los cuales se realizará una debida individualización y conceptualización, a fin de escoger cuál de estos tipos fiduciarios resulta más afín con el objeto de la presente investigación; es decir, determinar cuál de estos tipos fiduciarios puede ser utilizado como un medio defraudatorio de la sociedad conyugal.

Fiducia civil.

Según el Código Civil, la propiedad fiduciaria es aquella «que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición». (Ley 57, 1887, art.794). Además, cabe resaltar que por disposición de la misma norma, «la constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución» (Ley 57, 1887, art 794).

La doctrina por su parte, también ofrece diversas definiciones sobre el concepto de propiedad fiduciaria civil, por lo que se tomará en cuenta la definición realizada por el autor Sergio Rodríguez en su obra “Negocios Fiduciarios su Significación en América Latina”.

La constitución supone la transmisión hecha por el fideicomitente del derecho sobre todo o parte de una herencia o sobre uno o varios bienes a otra persona, la cual se convierte en propietaria fiduciaria, con la carga de transferir los mismos a un beneficiario o fideicomisario, al verificarse una condición. (Rodríguez, 2017, p. 45).

A su vez, Rodríguez establece que al igual que la servidumbre y el usufructo, la propiedad fiduciaria supone una limitación al derecho real de dominio, en concordancia con lo contenido en el artículo 793 del Código Civil Colombiano, el cual establece:

El dominio puede ser limitado de varios modos:

1. Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición.
2. Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra.

3. Por las servidumbres. (Ley 57, 1887, art. 793)

La limitación al derecho de dominio mencionada en los párrafos anteriores, refiere que los bienes aportados en calidad de fideicomiso, «ingresan al patrimonio del propietario fiduciario» (Hernández, 2011, p. 56); pero este los adquiere «con la carga de transferir los mismos a un beneficiario o fideicomisario, al verificarse una condición.» (Rodríguez, 2017, p. 45).

Habiendo definido el concepto de propiedad fiduciaria tanto desde la Ley como desde la Doctrina, es importante precisar también las características de la mencionada figura jurídica, las cuales, según Martha Hernández, en su obra “Guía Jurídica de los Negocios Fiduciarios en Colombia”, son:

- a) Es solemne, pues su constitución se debe hacer por escritura pública
- b) La propiedad fiduciaria se consolida en cabeza del fiduciario, por lo tanto es el dueño de los bienes bajo condición resolutoria, y si se trata del fideicomiso testamentario sus derechos son los del asignatario.
- c) El fideicomitente desaparece en el fideicomiso civil, cuando se cumple la condición establecida por el mismo, evento en el cual, la propiedad plena del bien pasa al beneficiario.
- d) El fideicomitente en el acto constitutivo es quien señala el alcance de los derechos económicos de que goza el propietario fiduciario.
- e) El propietario fiduciario puede volverse propietario pleno y absoluto de los bienes transferidos cuando falla o no se cumple la condición, o si dura más del tiempo establecido en el Código Civil para cumplirse, o si al tiempo de la restitución de los bienes el fideicomisario no existe o renuncia a su derecho.

f) El fiduciario puede ser una persona natural o jurídica.

g) La fiducia civil es a título gratuito.

h) El fideicomitente, si vive, o sus herederos gozarán fiduciariamente de la propiedad, cuando en el acto constitutivo no se haya designado expresamente el fiduciario o cuando habiéndose designado falte por cualquier causa, y aún esté pendiente la condición. (Hernández, 2011, pp. 55-56).

Según el artículo 795 del Código Civil Colombiano, la fiducia civil cuenta con un objeto limitado, ya que solo podrá establecerse propiedad fiduciaria «sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos.» (Ley 57, 1887, art. 795). Además, el artículo 805 de la misma compilación normativa, establece la prohibición de constituir fideicomisos sucesivos, de forma tal, que el beneficiario que adquiera el bien producto de una restitución, no puede estar sometido al gravamen de restituirlo cumplida una nueva condición

Se prohíbe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituido el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra. Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros. (Ley 57, 1887, art. 805).

Por último, se hace necesario mencionar las causales de extinción del fideicomiso, las cuales se encuentran reguladas de manera taxativa en el artículo 822 de la Ley 57 de 1887.

1. Por la restitución.

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 retroventa, y se verifica la retroventa.

3. Por la destrucción de la cosa en que está constituido, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el artículo 866.
4. Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los sustitutos.
5. Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil.
6. Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario. (Ley 57, 1887, art. 822)

Fiducia mercantil.

El contrato de fiducia mercantil, según el artículo 1226 del Código de Comercio, se define como:

Un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. (Decreto 410, 1971, art. 1226)

El artículo 1226 del Código de Comercio, además de definir el contrato de fiducia mercantil, también hace referencia a dos características fundamentales que debe cumplir el negocio fiduciario para poder ser considerado como tal. Estas características son, la facultad que se le otorga a una persona para participar del negocio mercantil, ostentando tanto la calidad de fiduciante, como la de beneficiario «Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y

beneficiario.» (Decreto 410, 1971, art. 1226); y, la mención de la calidad especial que debe tener la entidad que funja como fiduciario «Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.» (Decreto 410, 1971, art. 1226), ya que dicha entidad, debe estar autorizada por la Superintendencia Financiera para poder desempeñarse como parte en el negocio fiduciario.

Además de la definición legal existente para el contrato de fiducia mercantil, la Doctrina también ofrece diversas definiciones del mismo, entre las cuales se encuentra la realizada por el autor Sergio Rodríguez en su obra “Negocios Fiduciarios su Significación en América Latina”

Negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero. (Rodríguez, 2017, p. 186)

Definición que se complementa y encuentra soporte en la suministrada por el Código de Comercio en su artículo 1226.

Según Martha Hernández, «son principales características del contrato de fiducia mercantil, la transferencia de los bienes a la fiduciaria y la conformación de un patrimonio autónomo con los bienes transferidos afecto a la finalidad del contrato» (Hernández, 2011, p. 86). De estas características es importante determinar en qué consiste exactamente la constitución de un patrimonio autónomo, para lo cual se tendrá en cuenta la definición que de dicha figura jurídica aportada por Martha Hernández.

«El patrimonio autónomo es una individualidad jurídica propia, de creación legal expresa, afecto a una finalidad determinada, cuyos bienes o activos responden por las obligaciones de

carácter patrimonial que se adquirieran en el cumplimiento de la finalidad» (Hernández, 2011, p. 87)

La constitución de un patrimonio autónomo, según el artículo 1227 del Código de Comercio, representa una garantía beneficiosa para los sujetos parte en el contrato de fiducia mercantil, ya que los bienes objeto del contrato no forman parte de la prenda común de los acreedores del fiduciario; y por lo tanto, dichos bienes no están sujetos a ninguna situación o gravamen distinto al cumplimiento de la finalidad definida. «Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.» (Decreto 410, 1971, art. 1227)

El artículo 1228 del Código de Comercio Colombiano establece dos características que se deben tener en cuenta a la hora de la constitución de la fiducia mercantil, y hacen referencia a la formalidad que debe cumplir el acto de constitución cuando el negocio mercantil se realiza por pacto entre vivos, o si por el contrario se realiza por causa de muerte. La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes.

Otro aspecto relevante a tratar, para dar una descripción genérica del contrato de fiducia mercantil, es el de los deberes indelegables del fiduciario; los cuales toman importancia, porque regulan toda la actividad a la que se obliga el propietario fiduciario una vez se perfecciona el contrato. Los deberes indelegables del fiduciario son:

1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia.

2. Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios.
3. Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca.
4. Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente.
5. Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario.
6. Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo.
7. Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y
8. Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses. (Decreto 410, 1971, art. 1234)

Desde las definiciones de contrato de fiducia mercantil expresadas anteriormente, hasta los deberes indelegables del fiduciario, igualmente mencionados, se puede evidenciar que una de las características o elementos esenciales de la fiducia mercantil es el cumplimiento de una finalidad establecida por el fideicomitente; finalidad que determina tanto la afectación de los bienes objeto del negocio, como el actuar del fiduciario dentro del mismo. De lo anterior deja constancia la

Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto número 2003018295-1, expedido el 23 de mayo del año 2003, en el cual dicta que:

De allí que sea preciso tener en cuenta cuál es la finalidad determinada por el constituyente del respectivo negocio fiduciario, por cuanto la misma en su carácter de principal orientará no sólo la gestión y deberes del fiduciario (ver artículos 1226, 1229 y 1234, numeral 1º del Código de Comercio) sino que a ella quedarán afectos los bienes fideicomitidos y el patrimonio autónomo (ver artículos 1227 y 1233 ibídem) que surge con ocasión de la realización del contrato de fiducia mercantil. Por tanto, la finalidad establecida por el constituyente en los contratos fiduciarios servirá para determinar la gestión principal a la cual se obliga a cumplir el fiduciario. (Concepto 2003018295-1, 2003)

Es entonces, que a diferencia de la propiedad fiduciaria civil, donde todo el negocio se encuentra determinado por una condición, en el contrato de fiducia mercantil, el negocio se determina conforme a la finalidad establecida.

Según el artículo 1230 del Código de Comercio, hay negocios jurídicos prohibidos, como lo son: Los negocios fiduciarios secretos, y aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente «Quedan prohibidos: 1) Los negocios fiduciarios secretos; 2) Aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente» (Decreto 410, 1971, art. 1230). Es entonces que el negocio fiduciario que cumpla con una de las mencionadas prohibiciones, adolecerá de nulidad absoluta al contrariar norma imperativa; según lo descrito en el artículo 899 del Código de Comercio Colombiano, el cual establece: «Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que

la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.» (Decreto 410, 1971, art. 899).

Por último, al igual que en el acápite de la fiducia civil, se hace necesario mencionar las causales de extinción del contrato de fiducia mercantil; las cuales, según el artículo 1240 del Código de Comercio, son:

Son causas de extinción del negocio fiduciario, además de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, las siguientes:

1. Por haberse realizado plenamente sus fines;
2. Por la imposibilidad absoluta de realizarlos;
3. Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley;
4. Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido;
5. Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia;
6. Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción;
7. Por disolución de la entidad fiduciaria;
8. Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario;
9. Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo;
10. Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario.

11. Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho. (Decreto 410, 1971, art. 1240).

En este caso, es necesario resaltar, que además de las causales de extinción contenidas en los numerales citados, también son causales de extinción del contrato de fiducia mercantil las establecidas en el artículo 822 del Código Civil, las cuales fueron enunciadas anteriormente dentro del presente capítulo.

Diferencias entre fiducia civil y fiducia mercantil.

La fiducia civil y la fiducia mercantil, son dos figuras jurídicas que aunque guardan similitudes como se ha dejado entrever anteriormente, son distintas tanto desde su regulación, como desde su ámbito de aplicación; es por esto, que se hace importante establecer cuáles son las principales diferencias existentes entre ambos modelos de negocio fiduciario. La doctrinante Martha Hernández en su libro “Guía Jurídica de los Negocios Fiduciarios en Colombia”, establece que las principales diferencias entre estos negocios fiduciarios son:

Propiedad fiduciaria civil.	Negocio fiduciario mercantil.
El propietario fiduciario es dueño bajo una condición resolutoria y se convierte en pleno propietario fallida la condición.	El fiduciario no puede bajo ninguna circunstancia adquirir la propiedad de los bienes fideicomitidos, artículo 1244 del Código de Comercio.
Es solemne. Tiene que constituirse por escritura pública o por testamento.	Puede constituirse por documento privado o escritura pública.
Es gratuito.	Es oneroso.
El fideicomitente desaparece.	El fideicomitente subsiste y en algunos casos es el mismo beneficiario.
Cualquier persona puede ser fiduciario hasta el propio constituyente.	Tienen calidad de fiduciarios las sociedades fiduciarias debidamente autorizadas por la Superintendencia Financiera.
Los bienes transferidos ingresan al patrimonio del propietario fiduciario.	Los bienes transferidos forman un patrimonio autónomo diferente al del fiduciario

(Hernández, 2011, p.56).

Además de las diferencias mencionadas en la tabla anterior, existe otra disparidad entre estos modelos de negocio fiduciario, la cual comprende la limitación que establece el Código Civil en cuanto al objeto de la propiedad fiduciaria. El artículo 795 del Código Civil establece que «No puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos.» (Ley 57, 1887, art 795), lo cual funge

como una limitación en cuanto a los bienes que pueden ser objeto de propiedad fiduciaria civil, como se mencionó anteriormente; mientras que por su parte, el Código de Comercio no establece este tipo de limitante, ni ninguna otra que se le pueda asemejar.

Realizado el paralelo comparativo entre las características de la fiducia mercantil, y las características de la propiedad fiduciaria civil, se concluye que en virtud de la prohibición expresa contenida en el artículo 795 del Código Civil, mencionada en el párrafo anterior, la fiducia mercantil ofrece mayores libertades en cuanto al objeto que se someterá a fideicomiso; por lo que en pro de ampliar el espectro de aplicación de la presente investigación, se optará por realizar el análisis de la fiducia como medio defraudatorio de sociedades conyugales, con base en el negocio fiduciario mercantil, ya que esta tipología de negocio fiduciario resulta más afin al objeto de investigación.

Capítulo III

Fiducia y defraudación conyugal

A lo largo de la presente investigación se ha establecido un hilo conductor que inequívocamente dirige la investigación a un interrogante específico; y es la posibilidad de la existencia de situaciones bajo las cuales, el establecimiento de propiedad fiduciaria pueda configurarse como medio defraudatorio de la sociedad conyugal. Es entonces que en procura de la finalización de esta investigación, se tratará de darle respuesta a dicho interrogante.

Para darle respuesta al interrogante planteado, se debe realizar un recorrido más corto, pero conciso y específico, del ocultamiento de bienes como medio de defraudación de la sociedad conyugal; así como también de los elementos del contrato de fiducia mercantil que permiten que dicha figura sea usada para tales fines. Lo anterior, con el fin de identificar si sería procedente la imposición de la sanción establecida para el ocultamiento de bienes sociales, al cónyuge o heredero que establezca una fiducia mercantil con la finalidad de ocultar o distraer bienes pertenecientes al haber social.

El ocultamiento de bienes, como bien se clarificó anteriormente, es una norma que como precepto legal requiere que de manera dolosa, es decir, con la intención de engañar o causar daño; uno de los cónyuges o los herederos de estos, oculten o distraigan los bienes que hacen parte del haber social. Es entonces, que cumplidos estos requisitos, el funcionario judicial puede condenar al cónyuge o heredero que haya cumplido con dichos requisitos, o en otras palabras, que haya incurrido en un ocultamiento de bienes sociales. De dicha condena se desprende la consecuencia jurídica establecida en el único inciso del artículo 1824 del Código Civil Colombiano, la cual consiste en la pérdida de la porción que le corresponda al cónyuge o heredero, sobre la cosa

desviada u ocultada, así, como la obligación de restituirla doblada a favor del cónyuge o heredero que se haya visto afectado por la conducta antijurídica. Lo anterior, siempre y cuando el cónyuge afectado por la mencionada conducta, haya activado el aparato jurisdiccional previo al periodo de indivisión, como bien lo exige la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 1769 de 2015.

Como un primer paso para establecer si los elementos propios de la fiducia mercantil, regulados en el Código de Comercio Colombiano, pueden ser usados con la finalidad de ocultar o desviar los bienes del haber social en los términos del artículo 1824 del Código Civil Colombiano, es necesario determinar cuáles son los elementos del contrato de fiducia mercantil.

Los elementos de todo contrato de fiducia, a la luz del artículo 1226 del Decreto 410 de 1971 son:

1. Fiduciante.
2. Fiduciario.
3. Fideicomisario.
4. Fideicomiso.
5. Finalidad.

Iniciando por los elementos subjetivos (fiduciante, fiduciario y fideicomitente), siendo precisamente estos los sujetos activos en el ejercicio de un contrato de fiducia mercantil, y quienes estarían llamados a participar del ocultamiento de bienes sociales en los términos de la presente investigación, se hace necesaria su injerencia directa como sujetos que acuerdan su voluntad para llevar a cabo la conducta sancionable. Es de notar, que no todos los sujetos aquí relacionados pueden configurarse como sujeto activo en el ocultamiento de bienes sociales, ya que uno de los

requisitos que establece el artículo 1824 del Código Civil Colombiano para incurrir en la conducta, es tener la calidad de cónyuge o heredero, y además de ello, tener participación sobre los bienes del haber social que sean objeto de la conducta descrita. Es entonces, que se hace pertinente realizar un análisis de cuál de los sujetos parte en el contrato de fiducia mercantil, puede, en alguna situación específica, cumplir con las calidades exigidas para la configuración del precepto normativo de origen civil.

Para realizar el análisis que se establece en el párrafo anterior, es necesario repasar las funciones que cada uno de los sujetos lleva a cabo en la constitución de una propiedad fiduciaria, siendo el fideicomitente quien aporta el bien y propone las condiciones bajo las cuales el contrato debe ejecutarse y cumplir con la finalidad por este establecida; el fiduciario, quien se encarga de la administración o enajenación del bien con miras al cumplimiento de la finalidad establecida por el fideicomitente, y el fideicomisario, quien se beneficia de la acción del fiduciario sobre los bienes aportados por el fideicomitente. De tal modo que, si se entiende que el ocultamiento de los bienes sociales requiere de tener como mínimo alguna participación sobre el bien oculto o distraído, es posible razonar que de los sujetos parte en el contrato de fiducia mercantil, solamente aquel que aporta bienes en razón del contrato, es quien puede incurrir en la conducta estipulada en el artículo 1824 del Código Civil Colombiano.

Como se ha manifestado, es entonces el fideicomitente, el único de los sujetos parte en el contrato de fiducia mercantil del que se puede predicar una acción tendiente al ocultamiento o distracción de bienes sociales; lo que dota este análisis de un giro en el que se hace necesario determinar, si la acción del fideicomitente sobre el fideicomiso, y el establecimiento de la finalidad por parte de este, permiten que se configure una defraudación de la sociedad conyugal, vía establecimiento de propiedad fiduciaria.

El fideicomiso, como la norma lo sugiere, hace referencia al bien o conjunto de bienes objeto del contrato de fiducia, los cuales son aportados por el fideicomitente, para ser administrados o enajenados por el fiduciario; esto, para garantizar el cumplimiento de una finalidad que genera un beneficio para el fideicomisario. Cuando el fideicomitente aporta los bienes en cuestión al contrato de fiducia, estos salen de su patrimonio, y aunque pasan a ser administrados por un fiduciario, no pasan a formar parte del patrimonio de este; sino que conforman un patrimonio autónomo que no puede ser perseguido por los acreedores de ninguno de los mencionados, en los términos establecidos en el capítulo anterior.

La acción llevada a cabo por el fideicomitente para sacar los bienes de su patrimonio y dotarlos de un fuero especial que los protege de la acción de sus acreedores, afecta la propiedad sobre el bien como se dijo anteriormente, y aunque estos bienes hagan parte de una sociedad conyugal vigente, no hay normativa que le prohíba al fideicomitente afectar el dominio sobre ese bien; ya que el artículo 1° de la ley 28 de 1932 lo faculta para ello.

Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación. (Ley 28, 1932, art. 1°).

De conformidad con lo anterior, la normativa atinente a la regulación de la sociedad conyugal y sus bienes, no limita la capacidad de los cónyuges para disponer libremente de ellos, hecho contrario, los faculta para disponer de estos; por lo cual, se posibilita inferir que debido a la

falta de limitación para ello, un fideicomitente puede disponer de un bien social y aportarlo para un contrato de fiducia, afectando así, el dominio sobre el mismo por un tiempo indefinido y bajo la condición o finalidad que este prefiera. En conclusión, la acción consciente y voluntaria del fideicomitente sobre el fideicomiso, permite que la distracción u ocultamiento de bienes sociales, hasta aquí, pueda configurarse.

Hasta este momento, se ha puesto en evidencia que de los sujetos que hacen parte del contrato de fiducia, es solo el fideicomitente quien puede incurrir en una conducta de ocultamiento de bienes sociales; pero también, se ha podido evidenciar el hecho de que la normativa existente en materia de sociedad conyugal, no impide que la acción del fideicomitente sobre el fideicomiso, configure una forma de defraudar la sociedad conyugal por un ocultamiento de bienes vía establecimiento de propiedad fiduciaria. Es por esto, que, en pro del análisis que nos atañe, solo falta determinar si el establecimiento de la finalidad por parte del fideicomitente, en el contrato de fiducia, permite la defraudación de sociedades conyugales vía establecimiento de propiedad fiduciaria; para lo cual, es pertinente recordar tres asuntos importantes, el haber social, quienes pueden ser beneficiarios de un contrato de fiducia y el destino de los bienes fideicomitados.

El haber social hace referencia a la comunidad de bienes que existe entre los cónyuges; y los bienes que lo integran, se encuentran expresados en el artículo 1781 del Código Civil Colombiano. Entre dichos bienes, se encuentran los estipulados en el numeral segundo del mencionado artículo, así:

«2.) De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio». (Ley 57, 1887, art. 1781)

Como la norma citada establece, hacen parte del haber social los frutos de cualquier naturaleza que provengan de bienes sociales o propios; es decir, que cualquier derecho de carácter patrimonial del que se haga acreedor uno de los cónyuges, pasará a ser parte del haber social, cualquiera que sea su procedencia. Este análisis cobrará importancia más adelante en el escrito, pero por lo pronto, se hace importante determinar la posición del beneficiario en el contrato de fiducia.

El contrato de fiducia, contemplado en el artículo 1226 del Código de Comercio Colombiano, como se ha indicado y citado anteriormente, establece que uno de los sujetos parte del contrato de fiducia, es el beneficiario o fideicomisario, el cual tiene como objetivo beneficiarse de la labor que realiza el fiduciario sobre el fideicomiso; pero lo importante respecto a eso, es la descripción que de esta posición contractual realiza el artículo 1226 en su inciso segundo «Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario». (Decreto 410, 1971, art. 1226). Lo expresado por el inciso segundo del artículo 1226, faculta a quien aporta el bien en un contrato de fiducia para que se beneficie de los frutos producidos por la administración que de dichos bienes realice el fiduciario; permisión legal que genera otro interrogante en el desarrollo de esta investigación, el cual hace referencia a la implicación que para el ocultamiento de bienes vía establecimiento de propiedad fiduciaria, tiene la constitución de un contrato de fiducia en el que las calidades de fiduciante y fideicomitente, recaigan sobre la misma persona.

Para resolver este predicamento, es necesario retomar lo establecido por el numeral segundo del artículo 1781 del Código Civil Colombiano, y confrontarlo con la facultad que ampara el inciso segundo del artículo 1226 del Código de Comercio. Este paralelo conceptual permite discernir dos situaciones; una, en la que quien funge como fideicomitente en el contrato de fiducia,

ocupa también la calidad de fideicomisario en el mismo, y, una situación en la que quien funge como fideicomitente no lo hace como fideicomisario.

Para lo anterior, es también necesario recordar lo dispuesto por el artículo 1242 del Código de Comercio Colombiano, el cual indica «Salvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de éste por cualquier causa, los bienes fideicomitidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos». (Decreto 410, 1971, art. 1242). La norma citada eleva como elemento propio del contrato de fiducia, el retorno de los bienes objeto del contrato, al dominio del fideicomitente una vez el contrato llega a su fin; pero permite que se pacte en contrario de dicha disposición. Es entonces, que a elección del fideicomitente, los bienes objeto del fideicomiso pueden retornar a su patrimonio o recaer en el patrimonio de un tercero al término de dicho fideicomiso; lo cual, amplía las posibilidades expresadas en el párrafo anterior a cuatro, de las cuales, se podrá determinar, si efectivamente el establecimiento de propiedad fiduciaria, puede configurarse como defraudación de la sociedad conyugal. También se debe tener en cuenta, que si los bienes objeto del negocio fiduciario han sido enajenados, en virtud del cumplimiento de la finalidad, sin importar el título bajo el cual se enajenen, estos no retornan al patrimonio del fideicomitente, ni tampoco recaen en el patrimonio del fideicomisario; y ninguno de estos tendrá acción contra el fiduciario a fin de exigir la restitución de dichos bienes.

Las cuatro posibilidades de contrato de fiducia mencionadas anteriormente, son las siguientes:

1. Quien funge como fideicomitente, también funge como fideicomisario, y no se pacta nada en cuanto al destino de los bienes fideicomitidos.

2. Quien funge como fideicomitente, también funge como fideicomisario, pero se pacta que al término del contrato los bienes fideicomitados recaigan en el patrimonio de un tercero.

3. Quien funge como fideicomitente, no lo hace como fideicomisario, y no se pacta nada en cuanto al destino de los bienes fideicomitados.

4. Quien funge como fideicomitente, no lo hace como fideicomisario, pero se pacta que al término del contrato los bienes fideicomitados recaigan en el patrimonio de un tercero.

Establecidas las cuatro situaciones que se pueden presentar en un contrato de fiducia mercantil, conforme a lo expresado anteriormente, se procederá a analizar cada una de las situaciones anteriormente descritas, y se indicará si se configura, o no, defraudación de la sociedad conyugal por ocultamiento de bienes sociales vía establecimiento de propiedad fiduciaria.

1. En la situación número uno, una sola persona ocupa las calidades de fideicomitente y fideicomisario, y no se pacta nada en cuanto al destino de los bienes fideicomitados. Devenido este escenario, mientras dure el contrato de fiducia, los frutos provenientes de la administración o enajenación del fideicomiso por parte del fiduciario, entrarían directamente al patrimonio del fideicomitente, ya que este ostenta también la calidad de fideicomisario; por lo cual, dichos frutos harían parte del haber social del cual el fideicomitente fuere parte, y de darse el término del contrato de fiducia en vigencia de la sociedad conyugal que se reputa, los bienes que aún existan, y retornen al patrimonio del fideicomitente, también regresan a ser parte del haber social conyugal, como lo habían sido antes del contrato de fiducia.

Dándose el caso en este numeral expresado, no se configuraría ocultamiento de bienes sociales, ya que no se generaría daño alguno al patrimonio común, y a la hora de una disolución y posterior liquidación de la sociedad conyugal, no existiría defraudación alguna.

2. En la situación número dos, una sola persona tiene las calidades de fideicomitente y fideicomisario, y se pacta que los bienes fideicomitados recaigan en el patrimonio de un tercero por voluntad del fideicomitente en la celebración del contrato de fiducia. En este caso, mientras el contrato de fiducia estuviere vigente, los frutos provenientes de la administración o enajenación del fideicomiso por parte del fiduciario, entrarían directamente al patrimonio del fideicomitente, ya que este ostenta también la calidad de fideicomisario, por lo cual, dichos frutos harían parte del haber social del cual el fideicomitente fuere parte; pero en caso de darse el término del contrato de fiducia, en vigencia de la sociedad conyugal que se reputa, los bienes que aún existan pasarán a engrosar el patrimonio del tercero designado por el fideicomitente al momento de constitución del contrato de fiducia.

En el evento expresado en este numeral, aunque se genera un menoscabo del haber social, en el entendido en que un bien perteneciente al mismo antes de la celebración del negocio fiduciario, ha sido removido de este al terminar dicho negocio; no se configura una defraudación del mismo, ya que por la facultad conferida al cónyuge fideicomitente en el artículo 1° de la ley 28 de 1932, este puede disponer de los bienes sociales que se encuentren a su nombre de manera libre y voluntaria. Lo anterior, supone un actuar lícito y amparado por la norma citada, que igualmente amparado en el principio de la buena fe, desvirtúa la existencia del dolo como elemento configurador del ocultamiento de bienes sociales. Siendo esta la razón por la que el menoscabo mencionado, no cumple como ocultamiento o distracción de los bienes sociales fideicomitados.

Por las razones explicadas para los numerales 1 y 2, puede inferirse que en los numerales 3 y 4, no se configura una defraudación de la sociedad conyugal; ya que sobre los frutos que se generen por la administración o enajenación del fideicomiso, no se generan derechos a favor del fideicomitente, y, por ende, esos frutos no ingresan al haber social del que hiciese parte este. En

cuanto al destino de los bienes fideicomitidos una vez se dé término al contrato de fiducia, si no se pacta nada al respecto, dichos bienes regresarían a formar parte del patrimonio del fideicomitente y por ende harían nuevamente parte de su haber social, no generándose menoscabo alguno a la hora de una disolución y posterior liquidación de la sociedad conyugal. En el caso de pactarse que los bienes fideicomitidos pasarán al patrimonio de un tercero terminado el contrato de fiducia, se genera un menoscabo de los bienes sociales; pero, al igual que en numeral 2, no se configura defraudación alguna, esto por la facultad expresa conferida al cónyuge fideicomitente, por parte del artículo 1° de la ley 28 de 1932.

Si bien de lo anterior se entiende que el establecimiento de propiedad fiduciaria es una actividad debidamente permitida por la Ley, que los cónyuges están facultados por la Ley para disponer de los bienes sociales que tengan a su nombre, y que amparados en el principio de la buena fe, el dolo en una actividad debidamente permitida por la Ley se presume inexistente y debe probarse; se ha demostrado que en algunas de las situaciones anteriormente expuestas, existe un menoscabo real del haber social, el cual puede ser reestablecido a petición del cónyuge que no hizo parte del negocio fiduciario.

Para lo anterior, se debe tener en cuenta que la presunción de inexistencia del dolo en una actividad debidamente permitida por la Ley, y realizada bajo una facultad conferida por la misma, es una presunción legal; es decir, que admite prueba en contrario. Por lo que es pertinente plantear la siguiente situación: Si el cónyuge que realiza el negocio fiduciario y pacta la restitución del bien objeto del negocio en favor de un tercero, tiene la finalidad de que este tercero le retorne el bien objeto del negocio fiduciario, a manera de donación o mediante el establecimiento de un nuevo negocio fiduciario posterior a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, para así proteger

dicho bien del proceso antes mencionado, ¿es posible que el cónyuge afectado pueda alegar un ocultamiento de bienes sociales y solicitar que se sancione al otro cónyuge a la sanción respectiva?

Para dar respuesta a este interrogante, se debe retroceder en el presente escrito hasta el subcapítulo de mecanismos de protección del cónyuge afectado, en el que se identifica cuál sería la alternativa que le queda al cónyuge afectado, para solicitar que se declare la existencia del ocultamiento de bienes sociales y se condene al cónyuge fideicomitente a la sanción respectiva; ya que en la situación mencionada en el párrafo anterior, se puede predicar el dolo en el actuar del cónyuge fideicomitente, y de ser posible que se encuentre probado el mismo, los demás elementos necesarios para que se configure el ocultamiento de bienes, podrían ser probados fácilmente.

En conclusión, y como se dedujo desde el subcapítulo de mecanismos de protección del cónyuge afectado, el ocultamiento de bienes sociales vía establecimiento de propiedad fiduciaria es posible, pero de difícil configuración. Esto, porque quien solicita su declaratoria, se enfrenta a la difícil situación de desvirtuar la presunción de buena fe en un negocio debidamente permitido por la Ley, y realizado por una persona facultada para llevarlo a cabo; además, debe probar la existencia de un elemento que corresponde al fuero interno de la persona que se desempeña como sujeto activo de la conducta, lo cual hace aún más improbable la consecución de una sentencia estimatoria de dicha pretensión.

Conclusiones

A lo largo de este escrito se ha llegado a varias conclusiones que dejan entrever que el ocultamiento de bienes sociales vía establecimiento de propiedad fiduciaria, es un fenómeno con relevancia tanto jurídica como social, y que por las facilidades que brinda su falta de regulación, o más que su falta de regulación, la difícil materialización que implica su sancionamiento; puede ser usado como una alternativa viable para aquellas personas que busquen salvaguardar los bienes sociales que están a su nombre, aunque esta no sea su naturaleza.

Es menester destacar que la finalidad de la figura de la fiducia no es la defraudación de sociedades conyugales, ya que al menos de manera voluntaria, al legislador no le está dada la creación de figuras que legalicen la materialización de actos que él mismo ha establecido como prohibidos; sea por prohibición expresa, o por el establecimiento de sanciones para quienes incurran en dichos actos. La finalidad del establecimiento de propiedad fiduciaria es la de facilitar el tránsito de la riqueza, dado que uno de los fines y principios económicos propios de cualquier sociedad, es la circulación de la riqueza; y toda acción o regulación dirigida a facilitar dicha circulación, debe ser tomada por todos los órganos que conforman las ramas del poder público, incluido, como no puede ser de otra forma, el órgano legislativo.

También debe tomarse en cuenta que tanto el Código Civil, como el Código de Comercio Colombianos, son codificaciones antiguas o de vieja data, que no alcanzan a regular en su totalidad todas las situaciones que se generan dentro de la sociedad actual; esto debido, entre muchas otras cosas, al cambio de las dinámicas sociales, las cuales están en constante movimiento, y hacen casi imposible la creación de codificaciones normativas que regulen todas las situaciones existentes dentro de un núcleo social. Por otro lado, también se enfrentan estas compilaciones normativas, a la generación de factores que mutan la naturaleza de las instituciones que al momento reposan

dentro de sus articulados, lo cual dificulta aún más la tarea en cuanto a la regulación de dichas instituciones.

Entrando en materia, de la presente investigación se pueden concluir circunstancias tanto propias de cada figura e institución normativa aplicada para el análisis y desarrollo del tema objeto de investigación, como del objeto de la misma; iniciando por la limitación que se le impone a los cónyuges para reclamar la existencia de un ocultamiento de bienes sociales.

Según la sentencia del 18 de septiembre de 2015 proferida por la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad para solicitar la sanción que acusa el aparte final del artículo 1824 del Código Civil Colombiano, es durante la etapa de indivisión; es decir, durante el periodo que comprende la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Para poder aplicar la sanción se requiere que la distracción u ocultación sea dolosa; es decir, que se ejecute con el propósito o intención positiva de perjudicar al otro cónyuge y a sabiendas de que el bien distraído u ocultado es social o en su defecto hace parte del haber social. Como es bien sabido, el dolo no se presume, por tanto, el que lo alega deberá probarlo; de suerte que la sanción es de orden restrictivo, y será aplicable únicamente en el periodo de tiempo comprendido entre la disolución de la sociedad y el momento de la liquidación y partición; es decir durante la indivisión (STC 1769, 2015).

De lo anterior, podemos deducir que la limitación que la Corte Suprema de Justicia impone al cónyuge que quiera poner en conocimiento del juez una situación de ocultamiento de bienes, sea cual sea su modalidad; si quiere que se materialice la sanción establecida para dicha conducta defraudatoria de la sociedad conyugal, solamente cuenta con el periodo de indivisión, como denomina la Corte al periodo de tiempo comprendido entre la disolución de la sociedad conyugal,

y, su liquidación y posterior partición. Situación que a todas luces se torna injusta, en el entendido que no toma en cuenta la corte, el momento en el que el cónyuge conoce del ocultamiento o distracción del bien social; ya que inicialmente, el mismo se enmascara como un negocio fiduciario para el cual el cónyuge fiduciante se encuentra plenamente facultado por la Ley, y encontrada la dificultad para el cónyuge afectado de probar que la intención del cónyuge fiduciante es defraudar la sociedad conyugal, el momento para el que la situación defraudatoria pueda ser demostrada, puede estar muy adelante en el tiempo, en relación con el denominado periodo de indivisión.

Otra de las conclusiones a las que se llega con la presente investigación, tiene que ver con la facultad de libre disposición sobre los bienes sociales que otorga la Ley a los cónyuges. En relación con la misma, se ha demostrado que si bien los bienes que hacen parte del haber social son de gran variedad, incluso llegando a pertenecer a esta bienes inmateriales como lo son derechos y hasta expectativas de derecho que se tienen sobre ciertos bienes o personas; la facultad para disponer libremente de los mismos por parte de los cónyuges, es decir, sin autorización previa emitida por ambos cónyuges, como se reconoce con los bienes sometidos a patrimonio de familia inembargable, abre la puerta a un gran abanico de mecanismos de defraudación de la sociedad conyugal, ya que no se establece un límite al cónyuge para que dichos bienes hagan parte del comercio, permitiendo esto la realización de negocios ocultos entre los cónyuges que pueden terminar por desestabilizar todo el núcleo familiar. Ejemplo de este tipo de mecanismos son los tanto los negocios simulados absolutos (donación ficticia para evadir acreedores) y relativos (compraventa que se pacta por un valor inferior al realmente pagado para evitar gastos notariales), los cuales al menos gozan de ciertos beneficios como la inclusión de ciertos derechos al haber social; así como el mencionado establecimiento de propiedad fiduciaria, para el cual, el cónyuge afectado puede correr con menos suerte, como ha quedado demostrado en esta investigación.

Otro tópico que genera algunas conclusiones, es la libertad que otorgan tanto la regulación civil como mercantil para el establecimiento de propiedad fiduciaria. Si bien es un principio tanto económico como jurídico, el facilitar la circulación de la riqueza, se antoja insuficiente la regulación existente en materia de constitución de fiducias; ya que en ambas áreas los requisitos son mínimos. Para la constitución de fiducia civil, solamente se requiere que las tres partes del negocio sean legalmente capaces, y no recaiga sobre ninguno de ellos causal alguna de inhabilidad; además de esto, se requiere que el procedimiento sea elevado a escritura pública, para que sea un notario en uso de sus funciones, quien de fe pública de que es voluntad de las partes constituir la propiedad fiduciaria. El problema con esto, es que al notario no se le obliga a solicitar o verificar, en caso de que una de las partes tenga una sociedad conyugal vigente, elementos que indiquen que el cónyuge que no está presente en la diligencia, tiene pleno conocimiento de que un bien social está siendo dispuesto como objeto de propiedad fiduciaria. Para el caso de la fiducia mercantil, además de requerirse la capacidad legal de todas las partes involucradas en el contrato de fiducia, se impone por Ley que el fiduciario sea una entidad avalada para tal fin por la superintendencia financiera. Aquí, tampoco se le exige al fiduciario la verificación que, de tratarse de un bien social, se cuenta con el conocimiento por parte del cónyuge ausente en el perfeccionamiento del contrato; lo cual, deja manifiesto la falta de regulación que, en materia de protección de la familia como eje fundamental de la sociedad, requiere el establecimiento de propiedad fiduciaria, ya sea de origen civil, o mercantil.

La importancia de anexar los requisitos de verificación del estado civil, condición de los bienes, y consentimiento del cónyuge, a la constitución de negocios fiduciarios, como se mencionó anteriormente, radica en la necesidad de proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad; ya que de verificarse dichos requisitos, se desvirtuaría el dolo como intención de engañar

o causar daño, y por ende, se imposibilitaría el uso de negocios como el establecimiento de propiedad fiduciaria para defraudar sociedades conyugales.

Para cerrar con el acápite de las conclusiones, es imperativo finalizar con la conclusión que dota de importancia toda la investigación realizada; la cual, es la respuesta obtenida en relación con la hipótesis planteada como eje central de la misma. La hipótesis que se buscaba resolver, era si el establecimiento de propiedad fiduciaria, podía ser usado como medio de defraudación de sociedades conyugales, y de resolverse positivamente dicha hipótesis, cuáles serían las circunstancias bajo las cuales se podría configurar.

En cuanto a esta hipótesis, se concluye que efectivamente el establecimiento de propiedad fiduciaria puede ser un modo de defraudar sociedades conyugales, lo cual se halla soportado en la forma de defraudación de sociedades conyugales por excelencia, el ocultamiento de bienes sociales. El establecimiento de propiedad fiduciaria, realizado con la intención positiva de defraudar o causar un menoscabo en el patrimonio de uno de los cónyuges, comparte todos los elementos necesarios para que se configure un ocultamiento de bienes sociales; esto, bajo el entendido de que debe realizarse un contrato de fiducia mercantil, bajo el cual se establezca la condición de, que finalizado el negocio por el acaecimiento de la condición necesaria, los bienes objeto de la fiducia queden en propiedad de un tercero. Tercero que, bajo un pacto oculto o clandestino, se compromete a retornar dichos bienes al patrimonio del cónyuge fideicomitente una vez se haya llevado a cabo la liquidación de la sociedad conyugal, y la partición de los bienes; ya que es en este momento en el que el cónyuge que se ve afectado, pierde la oportunidad para solicitar que se invoque la sanción establecida para el ocultamiento de bienes sociales. De forma tal que, quienes establezcan propiedad fiduciaria con el ánimo de defraudar sociedades conyugales, podrán

hacerlo con una probabilidad muy baja de que sean sometidos a una declaratoria judicial de ocultamiento de bienes sociales, y a una consecuencial condena a la sanción respectiva.

Referencias

Amunátegui, C. F. (2011). Origen y función de la "mancipatio". *Revista de estudios histórico-jurídicos* *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 46-47. Obtenido de Origen y función de la "mancipatio".

Lozano Corbi, E. (1994). *Origen de la propiedad Romana y de sus limitaciones* . española: Universidad zaragoza.

Ortega Carrillo de Albornoz, A. (2012). *Derecho privado romano*. Mexico: Promotora Cultural Malagueña.

Petit , E. (1995). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Mexico: Porrúa.

Rodríguez, S. (2005). *Negocios fiduciarios*. Bogotá: Legis.

Rodríguez, S. (2017). *Negocios fiduciarios*. Bogotá: Legis.

Hernández, M. (2011). *Guía Jurídica de los Negocios Fiduciarios en Colombia*. Bogotá: Legis

Hernández, M. (2011). *Guía Jurídica de los Negocios Fiduciarios en Colombia*. [Tipo] Bogotá: Legis

Referencias de legislación y jurisprudencia

Colombia, Código civil, *Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional*. 15 Abr, 188

Colombia, Ley 28 de 1932, *Sobre reformas civiles (régimen patrimonial en el matrimonio)*. (Noviembre 12 de 1932) 12 Novi, 1932Ley N° 57. (15 de abril de 1887).

Colombia, Ley 1564 de 2012, *por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. 12 Jul, 2012 Ley N° 1564. (12 de julio de 2012).

Colombia, Concepto 2003018295-1, *Síntesis: Definición. Ampliación o modificación del plazo. Finalidad del negocio fiduciario. Extinción. (Mayo 23 de 2003)* 23 May, 2003

Colombia, Decreto 410 de 1971, *Por el cual se expide el Código de Comercio. (Marzo 27 de 1971)*
27 Mar, 1971

Colombia, Corte Constitucional. Jueves, 02 de Febrero de 1995 , M.P: Jorge Arango Mejía,
Sentencia C-029 de 1995.

Colombia, Corte Suprema De Justicia, 19 de Octubre de 2017, MP: Luis Alonso Rico Puerta,
Sentencia STC 11001 de 2017.

Colombia, Corte Suprema De Justicia, 18 de Diciembre de 2015, MP: Margarita Cabello,
Sentencia STC 1769 de 2015