



**IMPLICACIONES SOCIO JURÍDICAS DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA CIVIL PARA
LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO**

**LEYDI JOHANNA CALVO CASTAÑEDA
COD. 40201027430**

**JULIANA BEDOYA CORREA
COD. 40201027559**

**Trabajo de grado presentado para optar al título de:
ABOGADA**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE DERECHO
MANIZALES, 2015**

RESUMEN

El presente trabajo denominado “Implicaciones socio jurídicas de la Propiedad Fiduciaria Civil para la protección del patrimonio”, se focalizó en una herramienta jurídica, que cada vez está teniendo acogida en aquellas personas que quieren asegurar sus bienes, empero se presenta una falencia, como es la falta de conocimiento y/o claridad en el desarrollo del procedimiento por parte de los abogados y los notarios.

El estudio se enmarcó en un paradigma cualitativo. Con un enfoque descriptivo explicativo. La técnica de recolección de información fue la revisión normativa y documental.

Entre los principales resultados se resalta:

El Fideicomiso civil a pesar de ser una figura regulada en el Código Civil, en la actualidad es catalogado como un tema novedoso e innovador, y de gran recurrencia por los particulares, entre otros. Dado lo anterior debe ser motivo de estudio, análisis y discusión académica – jurídica, que permitan un mayor conocimiento y desarrollo del tema.

Se requiere de garantizar a los estudiantes en formación de los programas de Derecho, el reconocimiento y apropiación normativa de la figura jurídica de la Fiducia Civil, así como los aspectos procedimentales para su aplicación. De igual manera, se debe adelantar procesos de actualización jurídica en este campo específico, para los abogados y notarios, de tal manera que se tenga mayor aplicabilidad de dicha herramienta y no dejarla como letra muerta.

PALABRAS CLAVE: Propiedad Fiduciaria, Protección del patrimonio, Fiducia Civil, Código Civil, Derecho Comparado.

ABSTRACT

This paper entitled "Implications partner Legal Civil Trust Property for heritage protection," focused on a legal tool, which increasingly is taking host those who want to secure their property, however one flaw occurs, as is lack of knowledge and / or clarity in the conduct of proceedings by lawyers and notaries.

The study was part of a qualitative paradigm. With an explanatory descriptive approach. The data collection technique was the rules and document review.

The main results are highlighted:

Civil Trust despite being regulated in the Civil Code, currently is listed as a new and innovative theme figure, and high recurrence by individuals, among others. Since this should be the subject of study, analysis and academic discussion - legal, to enable a greater understanding and development of the subject.

It is required to ensure students in training programs of law, recognition and appropriation of legal regulations of the Civil Fiducia figure and procedural aspects for implementation. Similarly, you should update forward legal processes in this specific field, for lawyers and notaries, so that greater applicability of the tool and not let it be a dead letter.

KEYWORDS: Trust property, heritage protection, Fiducia Civil, Civil Code, Comparative Law.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo denominado “Implicaciones socio jurídicas de la Propiedad Fiduciaria Civil para la protección del patrimonio”, es un tema que reviste importancia porque se centra en una herramienta legal existente en Colombia, de poca aplicabilidad ya sea por desconocimiento de la figura o por falta de claridad en el procedimiento mismo.

Aunado a lo anterior, la investigación es novedosa, porque se encontraron antecedentes con énfasis en la determinación de la normatividad, otros hacen referidos a la fiducia mercantil, perteneciente al Código de Comercio; empero no se evidenciaron búsquedas desde lo socio jurídico.

Así las cosas, como parte de la fundamentación del trabajo, en el siguiente documento el lector encontrará:

- Antecedentes del problema objeto de investigación
- Planteamiento del problema
- Formulación del problema
- Justificación
- Marco Teórico y Legal
- Objetivos
- Metodología
- Resultados
- Conclusiones /Recomendaciones / Observaciones
- Referente Bibliográfico

1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA OBJETO DE INVESTIGACIÓN

Como parte de la búsqueda de investigaciones relacionadas con el tema, se referencian los siguientes.

- Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latinoamérica. 2008. Estudio realizado por Roberto González Torre. A continuación se hará una síntesis de lo expuesto por el autor.

En primer lugar el autor hace una reseña histórica del Fideicomiso Latinoamericano. Señala como punto de partida el trust desarrollado en los Estados Unidos de América, el cual a su vez fue una de las contribuciones más características y valiosas, proporcionada por el derecho angloamericano a la teoría general del derecho.

El desarrollo americano del fideicomiso (trust), influyó en la legislación de varios países latinoamericanos, aunque se debe aclarar que en algunos de éstos se ha dado una separación entre el derecho civil y el derecho comercial.

Así las cosas, el proyecto de Código Civil de Andrés Bello, adoptado por países como Chile, Ecuador, Colombia y Venezuela, las previsiones del fideicomiso (propiedad fiduciaria como limitación al derecho real de dominio) difiere notablemente de la concepción del trust, propia del derecho angloamericano (González Torre, 2008, p. 2).

Así, en el derecho civil, la propiedad fiduciaria le significa al fiduciario obtener todos los beneficios derivados de la propiedad hasta el momento en que debe transferirla al fideicomisario, siendo los derechos del fideicomisario sumamente limitados al punto de ser “meras expectativas”, y no derechos negociables o transmisibles.

Lo indicado revela que en la propiedad fiduciaria no existe el concepto sustancial del fideicomiso anglosajón que es tener los bienes en interés y beneficio del fideicomisario. En la propiedad fiduciaria civil, normalmente el fiduciario disfruta de las rentas o frutos de la propiedad fiduciaria, teniendo sólo la obligación de transferir

cuando se cumpla una condición que origine el derecho para el fideicomisario, incluso pudiendo enajenarla si no se le ha prohibido. En cuanto a disposiciones vinculadas con el contrato de fideicomiso mercantil, existen antecedentes en la legislación ecuatoriana, inspirados en la legislación mexicana.

Entre los principales resultados del estudio se tiene:

Con base al recuento histórico en materia legislativa del fideicomiso en Latinoamérica, se concluye que la doctrina y legislación existente tiene rasgos uniformes.

La experiencia de México, Colombia, Ecuador (por citar unos ejemplos) revela que incluso el Sector Público y el Estado como tal, han utilizado las fiducias para muchas finalidades que van desde fondos de fomento microempresarial, agrícola, productivo, manejo de fondos de dinero especiales hasta como forma de manejo de proyectos de infraestructura; todo ello al margen de las ideologías y de las convicciones políticas de los pueblos.

Otro estudio referenciado fue:

- Aspectos Jurídico - Tributarios del Fideicomiso. Especial atención a los países de la comunidad Andina. 2012. Milenka Villca Pozo. (Tesis doctoral). El estudio en mención hace un análisis con relación a los elementos civiles, mercantiles y administrativos de las rentas del fideicomiso, con énfasis en las implicaciones tributarias que presenta la figura, así como en los aspectos de la norma que presentan lagunas en su aplicación e interpretación.

Señala la autora que la fiducia es una figura jurídica que al margen de los beneficios que brinda a las personas o empresas que lo emplean, en el contexto de la comunidad andina, constituye una herramienta que ayuda a promover el desarrollo económico entre los países, por el acceso a la financiación mediante la emisión de valores ofertados a inversores nacionales y extranjeros residentes en los países miembro (Villca Pozo, 2012, p. 16 – 17).

Afirma la autora que la poca dedicación que la doctrina ha prestado al estudio del régimen tributario de la institución no sólo pone en evidencia la necesidad de hacer un intento por comprender la temática, además teniendo como base que el fideicomiso, a diferencia de otras figuras jurídicas no es estática o permanente, sino que es dinámica y versátil, en constante transformación y evolución, lo que justifica las búsquedas investigativas desde lo tributario (Villca Pozo, 2012, p. 18).

Entre las principales conclusiones del estudio se resalta:

El estudio comparado del fideicomiso en los países de la Comunidad Andina muestra que ésta institución jurídica fue introducida en las jurisdicciones latinoamericanas como un contrato bancario por el cual se transfiere la propiedad de bienes con el objeto de cumplir con ella un determinado propósito.

Su objeto principal se centra en que los bienes, cuya titularidad se ha traspasado, pase a formar un patrimonio autónomo que será administrado por el fiduciario con arreglo a las instrucciones que haya recibido del fideicomitente y las normas legales.

Pese a que la estructura del fideicomiso en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú comparte esta base común, por las adaptaciones que ha recibido el fideicomiso en cada ordenamiento, se contemplan matices diferenciadores entre ellos, por lo que dependiendo del país el fideicomiso tiene mayores aplicaciones jurídicas, frente a otros.

Las excepciones, limitaciones y prohibiciones que recoge cada legislación agregan más variantes entre ellos y, con ello, su complejidad ya que se trata de una institución sumamente amplia en cuanto a sus posibilidades de configuración, en la que se privilegia la autonomía de la voluntad de las partes.

Un tercer estudio desde el contexto internacional es el siguiente:

- Tratamiento Jurídico sobre la aplicación del fideicomiso en la Legislación Civil Ecuatoriana. 2013. Autora Carmen Rocío Yáñez Ibarra.

En síntesis el estudio hace referencia al Fideicomiso como una figura jurídica prevista en el Art. 748 del Código Civil Ecuatoriano, que lo define como: “Aquella que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificar una condición”.

El fideicomiso tiene por objeto que una persona transmita sus bienes a otra, la misma que se obliga a cumplir con el encargo en el plazo o condiciones estipuladas en el contrato, por lo tanto al cumplirse el mismo deberá ser entregados a la misma persona o a otra que su hubiera designado.

La finalidad del estudio referenciado se centró en destacar la utilidad del contrato de Fideicomiso como una figura de uso universal, así mismo, dar a conocer como se realiza la transferencia de bienes en propiedad fiduciaria, con el fin de lograr la correcta aplicación del mismo en proyectos de orden económico, familiar, solidario, inmobiliario, etc.

La pretensión de la autora radicó en dar a conocer el contrato de Fideicomiso como referente dentro de la sociedad ecuatoriana en el campo legal, doctrinal y jurisprudencial, por el alcance que ha tenido su uso por la continua aplicación en la vida diaria de dicho país.

Entre los principales resultados se destaca:

El fideicomiso es una figura de muy amplia aplicación en el Ecuador, ya que está dirigido a los problemas de familia, sectores sociales, de infraestructura, de vivienda, garantía de operaciones crediticias y de inversión personal. Además, que se pueden crear Fideicomisos con fines de protección y conservación del medio ambiente, combate a la pobreza, apoyo a las micro y pequeñas empresas, en si es una herramienta idónea para administrar recursos, bienes y ayudas (Yáñez Ibarra, 2013, p. 106).

El Fideicomiso, es una figura jurídica que da protección a los beneficiarios o fideicomisarios frente a acreedores o ambiciones inescrupulosas de terceras personas, ya que garantiza en casos de vicio como el alcoholismo o drogadicción, de

enfermedad, de interdicción, de minoría de edad, de despilfarro, de ancianidad, de inexperiencia, de viudez, de orfandad, de divorcio, con el objetivo de precautelar los bienes o el patrimonio hasta que se cumpla el plazo o condición o las partes así lo decidan, ya que muchas veces la persona no cuenta con la capacidad necesaria para realizar dicha administración (Yáñez Ibarra, 2013, p. 107).

Al ser una figura jurídica maleable, puede modificarse en cualquier momento e incluso darse por terminado, siempre y cuando lo determine la persona que lo constituyó sin perder ningún derecho (Yáñez Ibarra, 2013, p. 108).

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La Fiducia Civil, es conocida también como propiedad fiduciaria, corresponde a una herramienta legal consagrada en la legislación colombiana, que con el paso del tiempo ha venido cobrando relevancia porque constituye una opción para la protección y distribución de los bienes.

Con base en lo expuesto a los artículos 793 al 822 del Código Civil Colombiano, el fideicomiso está instituido como una de las formas de limitación de la titularidad del derecho de dominio, en consideración a que el dominio (o propiedad) puede pasar a otra persona en virtud de una condición.

Así las cosas, a través de la Fiducia Civil, cualquier persona natural o jurídica, destina todos sus bienes, o una parte de ellos, para que sean transferidos a cualquier persona, cuando se cumpla determinada condición. Constituye una limitación a la propiedad, sometida a una condición.

En el fideicomiso civil intervienen tres partes:

- El fideicomitente o Constituyente. Persona que entrega los bienes en fiducia al fiduciario
- Tenedor fiduciario o simplemente fiduciario. Corresponde a la persona a quien se le encomienda la propiedad mientras se verifica el cumplimiento de la condición con cargo a restituirla al fideicomisario.
- Fideicomisario o beneficiario. Es la persona a cuyo favor debe llevarse a cabo la restitución cuando se cumpla la condición.

Los bienes constituidos en propiedad fiduciaria tiene la especial característica de que son inembargables, tal como lo establece el Código de Procedimiento Civil, lo que se convierte en el atractivo de esta figura.

La condición para que se efectúe la transmisión de la propiedad a otra persona la determina el actual propietario al momento de constituir el fideicomiso, y su ocurrencia no debe sobrepasar los 30 años. La condición más utilizada por los colombianos que han hecho uso de esta herramienta jurídica, es el fallecimiento del constituyente.

Existen muchos beneficios en la utilización de ésta herramienta: en primer lugar, como ya se mencionó, los bienes constituidos en fideicomiso civil son inembargables. Además, al determinar previamente la forma de distribuir sus bienes, se puede obviar un trámite de sucesión, ya sea notarial o judicial, con los desgastes de tiempo y económicos que ellos implican. La propiedad fiduciaria elimina los procesos sucesorales cuando se utiliza como condición el fallecimiento de quien la constituye. En el momento en que fallece la persona, la propiedad de sus bienes pasa a los beneficiarios en la proporción que se establezca en el documento constitutivo de la propiedad fiduciaria, sin necesidad de que se adelante un juicio sucesoral. De esta manera se economiza tiempo y dinero. Existen además beneficios tributarios para aquellos bienes constituidos en fideicomiso civil.

Pero si bien se habla de los beneficios de la Fiducia Civil en la protección del patrimonio, se hace oportuno indagar por las implicaciones que ello trae. Así las cosas surge la siguiente pregunta de investigación:

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son las implicaciones socio jurídicas de la propiedad fiduciaria civil para la protección del patrimonio?

3. JUSTIFICACIÓN

En primer lugar, la inquietud por desarrollar el tema de la Fiducia Civil, surge como parte del desempeño de las actividades notariales de las investigadoras, quienes desde la cotidianidad han evidenciado que es una figura jurídica que no se aplica correctamente por parte de los abogados y los notarios.

Así las cosas, se hace oportuno adelantar el presente estudio alusivo a las implicaciones socio - jurídicas de la propiedad fiduciaria civil para la protección del patrimonio, por ser un tema que reviste importancia porque se centra en una herramienta legal existente en Colombia, de poca aplicabilidad ya sea por desconocimiento de la figura o por falta de claridad en su procedimiento.

La investigación es novedosa, porque como bien se evidenció en los antecedentes se han adelantado estudios desde el derecho comparado con énfasis en la determinación de la normatividad, otros hacen referencia a la fiducia mercantil, perteneciente al Código de Comercio; pero no se han realizado búsquedas desde lo socio jurídico.

Con los resultados del trabajo se hace un aporte significativo, no sólo para los abogados y notarios en ejercicio de su profesión, sino que de igual manera es relevante para los estudiantes de derecho, como una motivación para que se conozcan de primera ésta herramienta que puede ser de utilidad para los futuros usuarios en la protección del patrimonio, empero teniendo en cuenta las implicaciones sociales y jurídicas que la misma tiene.

4. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

4.1 MARCO CONTEXTUAL E HISTÓRICO: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO COMPARADO EN LATINOAMÉRICA

Es importante dar a conocer algunas de las legislaciones latinoamericanas que hablan sobre el fideicomiso, con el fin de ofrecer un panorama que permita visualizar, lo que ha sido el desarrollo de ésta figura en diferentes países, por la cual se ha expandido, en los últimos años al sur del continente, con resultados dispares, según los países, pero en algunos de ellos realmente sorprendentes.

El fideicomiso latinoamericano encuentra su raíz más próxima en el trust desarrollado en los Estados Unidos de América. Roberto Goldschmidt en su obra “Fideicomiso Comparado” destaca que “la contribución más característica y más valiosa proporcionada por el derecho angloamericano a la teoría general del derecho, ha sido el fideicomiso (trust).”

La esencia del trust de significar una relación fiduciaria con respecto a bienes, sujetando a la persona que dispone de la posesión de los mismos a deberes y obligaciones de equidad para utilizarlos en beneficio de otra persona, lo cual surge como resultado de la manifestación de crearlo, ha complicado enormemente a los autores y abogados latinoamericanos. Y la situación obedece a la distinción conceptual anglosajona del “legal ownership” (propiedad legal) y “equitable ownership” (propiedad equitativa), no encuentra un sustento en el derecho civil que es una herencia del derecho romano¹.

¹Pese a la distinción entre “legalownership” y “equityownership”, existen normas como el Código de Procedimiento Civil de Nueva York (Civil Practice Act) que reconocen solo una clase de acción procesal,

En América Latina, Ricardo J. Alfaro jurista y estadista panameño fue su principal propugnador. Alfaro fue el autor de la ley panameña de fideicomisos del año 1925, reformada en 1941. Se sostiene que su trabajo influyó notablemente en la introducción del fideicomiso en México en 1926, aunque uno de los redactores de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, que vendría luego en 1932, reconoce la influencia de las ideas de Pierre Lepaulle (doctor en derecho y profesor de la Universidad de Harvard).

Adicionalmente también influyó en varios países latinoamericanos, las leyes bancarias adoptadas por la misión Kemmerer, concibiendo las secciones o departamentos de comisiones de confianza (como se denominó en Chile) o fideicomisos (“mandato” como se denominó en la legislación ecuatoriana).

Ahora bien, para la necesaria comprensión de la influencia legislativa latinoamericana referente al trust, debemos recordar que en muchos de nuestros países ha habido una clara separación entre el derecho civil y el derecho comercial. Es así que, la relación histórica es mucho más conexa entre el derecho civil y las concepciones del derecho romano antiguo del “pactum fiduciae” (establecer la confianza) que respecto del trust como tal, ya que el trust anglosajón fue recogido en la legislación comercial que rige la materia.

Por lo dicho anteriormente, se observa que en el proyecto del Código Civil del Sr. Andrés Bello, adoptado por países como Chile, Ecuador, Colombia y Venezuela, las previsiones del fideicomiso (propiedad fiduciaria como limitación al derecho real de dominio) difiere notablemente de la concepción del trust, propia del derecho angloamericano.

Así, en el derecho civil, la propiedad fiduciaria le significa al fiduciario obtener todos los beneficios derivados de la propiedad hasta el momento en que debe

no cabiendo distinguir las causas judiciales pertenecientes al common law y la equity. (Goldchmidt, Roberto: “Fideicomiso Comparado”, pag.30)

transferirla al fideicomisario, siendo los derechos del fideicomisario sumamente limitados al punto de ser “meras expectativas”, y no derechos negociables o transmisibles.

Lo indicado revela que en la propiedad fiduciaria no existe el concepto sustancial del fideicomiso anglosajón que es tener los bienes en interés y beneficio del fideicomisario. En la propiedad fiduciaria civil, normalmente el fiduciario disfruta de las rentas o frutos de la propiedad fiduciaria, teniendo sólo la obligación de transferir cuando se cumpla una condición que origine el derecho para el fideicomisario, incluso pudiendo enajenarla si no se le ha prohibido. No obstante, el derecho civil latinoamericano recogió una disposición fundada en el derecho anglosajón que dispone:

“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 sólo tendrá las facultades de los curadores de bienes”.

Se hace oportuno, tener claridad en la diferenciación entre la propiedad fiduciaria civil y el fideicomiso propiamente dicho, siendo las principales las siguientes:

Tabla 1. Diferencias entre Fideicomiso Civil y Fideicomiso Comercial

	Fideicomiso Civil	Fideicomiso Comercial
Fideicomitente y la finalidad	Lo inspira usualmente una “doble liberalidad”	La “causa fiducia” puede ser gratuita u onerosa.
Fideicomitente	Usualmente es uno solo	Uno o más de uno en relaciones complejas, a más de adherentes.
Fiduciario	Normalmente es una persona natural	Usualmente es una sociedad especializada o banco, dependiendo de cada legislación.

Fideicomisario	Tiene sólo meras expectativas dada la "condicionalidad" de su derecho.	Tiene derechos instituidos en el acto mismo, salvo que sea condicional.
Condición	Es un elemento de la esencia de la propiedad fiduciaria	Es un elemento accidental del contrato.
Dominio Pleno	Si la condición falla el fiduciario puede legalmente llegar a ser dueño, salvo otro efecto contractual.	Normalmente y por regla general, se prohíbe que el fiduciario se haga dueño de los bienes que administra.
Patrimonio Especial	La propiedad fiduciaria pasa al dominio del fiduciario (a su patrimonio individual) y no existe separación alguna de las cosas.	Usualmente es un patrimonio separado, especial, autónomo y en algunos países como el caso de la legislación ecuatoriana está dotado de personalidad jurídica.
Testamento	Se contemplan las asignaciones testamentarias que pueden conformar fideicomisos civiles.	Dependiendo la legislación cabe crearlo por testamento (dificultades de las legítimas en legislaciones que restringen la libertad de testar). En ciertos países no está reglado.
Naturaleza del dominio o de la propiedad	Para el fiduciario es una limitación al dominio pleno, de forma tal que cuando la "condición" para la transferencia al fideicomisario falla (es decir, no se cumple), consolida a su favor la propiedad plena.	El fiduciario en la mayoría de las legislaciones es dueño de un patrimonio especial o autónomo, en función de un encargo.

Fuente: González Torre, 2008.

En lo que al derecho comercial respecta, las legislaciones de México y Panamá se inspiraron en el trust anglosajón, y son las leyes de estos países las que a su vez han ejercido notable influencia en los países de la región ².

²“La legislación de los trusts en Estados Unidos se origina fundamentalmente en el proyecto David Dudley Field para un Código de Derecho Sustantivo de Nueva York, que no obstante que fue rechazado por la legislatura de ese Estado, acabó siendo adoptado con algunas modificaciones en los Estados de California, Montana, North Dakota, Oklahoma y South Dakota” (Acosta Romero; Almazán Alaniz, 1999, p. 15).

Como indica el profesor mexicano Villagordoa Lozano, México tuvo la necesidad de que su sistema legal tomara el trust cuando se empleó dicha figura jurídica en los arreglos de la deuda pública mexicana, especialmente en la emisión de obligaciones para la consolidación de la deuda de los Ferrocarriles Nacionales en 1905, mucho antes de que exista una previsión legislativa que concibió al fideicomiso como una operación típica de crédito.

En México se conocieron varios proyectos de ley que fueron los antecedentes legislativos del fideicomiso, tales como los proyectos Limantour que lo trabajó el profesor Jorge Vera Estañol (1905, que no se llegó a aprobar), el de Enrique Creel (1924, que tampoco se aprobó) y el Vera Estañol (1926). Si bien la primera ley de fideicomiso mexicana se expide en 1926, en 1924 la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios había recogido expresamente la existencia de los “bancos de fideicomiso”, que sirven al público en la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios.

La concepción básica del fideicomiso en función de sus elementos, se reconoce cuando se expiden las siguientes leyes:

1) La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, publicada en el diario oficial del 29 de noviembre de 1926 (que reemplazó la Ley de Bancos de Fideicomiso que tuvo una vida efímera de cuatro meses y que se había visto influida por ideas de Alfaro y Creel. Esta nueva ley duró apenas seis años); y,

2) La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOPC), publicada en el diario oficial del 27 de agosto de 1932. A decir, de Carlos Felipe Dávalos Mejía constituye la que “regula sustantivamente el fideicomiso, de cuya organización se desprende su contenido eminentemente contractual”.

Históricamente hablando, Panamá es el segundo país en haber adoptado una ley de fideicomiso, después de México, que fue la de 1925 sustentada en el proyecto

preparado por Ricardo Alfaro. Posteriormente, en 1928, la institución sería recogida también por Puerto Rico.

En Panamá, su ley vigente es la No. 1 del 5 de enero de 1984, promulgada en la Gaceta Oficial No. 19.971 del 10 de enero del mismo año.

Por su parte, la legislación hondureña recoge la institución del fideicomiso en su Código de Comercio, subsección cuarta (16 de febrero de 1950), sujetándose también a las resoluciones que expida el Banco Central de Honduras. (Art. 45 de la Ley del Sistema Financiero, DL No. 170-95 del 31 de octubre de 2005, vigente desde el 16 de noviembre de 1995). Se atribuye al autor español Joaquín Rodríguez la elaboración de la legislación de Honduras en materia de fideicomiso.

Por su parte Colombia ha sido un país que influyó notablemente en las legislaciones del cono sur. Los antecedentes de su legislación se encuentran en 1923, cuando a partir de la misión Kemmerer, se expidió la Ley 45 que preveía - al igual que muchos otros países latinoamericanos- las secciones de mandato o fiduciaria.

La reglamentación sustancial del fideicomiso, que se denomina en ese país como “fiducia”, se halla prevista actualmente en el título XI de su Código de Comercio de 1972³.

Es importante indicar que la fiducia es catalogada, al igual que en el derecho ecuatoriano (que recogió la realidad jurídica colombiana) como “negocio fiduciario”, junto con la figura del encargo fiduciario.

La circular básica jurídica de la Superintendencia Bancaria de Colombia, en su capítulo primero, define en el número 1.1 lo que se entiende como negocio fiduciario,

³ Fiducia: Persona o entidad que actúa en nombre propio y por cuenta de otra, ocultando en su relación con terceros, el nombre del principal.

indicando que son “aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que éste cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo a las normas relativas al mandato, en los cuales sólo existe mera entrega de bienes.

De su lado, en la República Bolivariana de Venezuela, se atribuye al tratadista Roberto Goldschmidt la génesis de la Ley de Fideicomiso del 23 de julio de 1956, publicada en la gaceta oficial No. 496 del 17 de agosto del mismo año, al ser el creador del proyecto de ley que le encargó el Ministerio de Justicia. Posteriormente mediante decreto 3.228 del 28 de octubre de 1993, el ejecutivo en ejercicio de facultades delegadas y de carácter extraordinaria, dictó la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras, regulando en la sección segunda del capítulo IV del título I a las operaciones de fideicomiso que pueden realizar las instituciones bancarias.

En el Ecuador, siguiendo a Colombia, el estatuto básico de esta actividad profesional viene determinado por las disposiciones del título XV de la Ley de Mercado de Valores (de 1998, que tuvo su antecedente inmediato en la Ley de Mercado de Valores de 1993 que había reformado el Código de Comercio) y los reglamentos sobre la materia expedidos por el Consejo Nacional de Valores.

En cuanto a disposiciones vinculadas con el contrato de fideicomiso mercantil, existen antecedentes en la legislación ecuatoriana, inspirados en la legislación mexicana. La Ley de Títulos de Crédito publicada en el Registro Oficial No. 124 del 9 de Diciembre de 1963, que si bien se refería al fideicomiso mercantil no lo regló in extenso. Días después en el Registro Oficial No. 133 del 19 de Diciembre de 1963 se publica la Ley General de Operaciones de Crédito, en cuyo capítulo V, se incluyó al fideicomiso y se lo concibió como un contrato por el cual el

“fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria” (Art. 75 de la LGOC). Se concebía al fideicomiso como un patrimonio de afectación respecto del cual el fiduciario debía ejercer todas las acciones y derechos que para la realización del fin sean necesarios (Art. 80 LGOC). Se regló la regresión a manos del constituyente, se prohibían los fideicomisos secretos. Sin embargo, tanto la Ley de Títulos de Crédito así como la Ley General de Operaciones de Crédito (LGOC) tuvieron una vida efímera ⁴.

El fideicomiso mercantil (adjetivado así para distinguirlo de la propiedad fiduciaria civil) se incorporó en el Código de Comercio ecuatoriano por efecto de la Ley de Mercado de Valores de 1993 (LMV) (R.O. No 199-S del 28 de Mayo de 1993) al agregarse un título innumerado a continuación del Art. 409. En aquél entonces no hubo una visión de especialidad en la actividad fiduciaria, la que sería sólo reservada a bancos y administradoras de fondos pero por vía reglamentaria. Este título sería derogado y reemplazado en 1998 por la nueva Ley de Mercado de Valores que le da personalidad al fideicomiso mercantil.

En cuanto a la República del Perú, a diferencia de los códigos de otros países, no tuvo referencia alguna en su código civil a la propiedad fiduciaria ni al fideicomiso. Se dice que desde la vigencia de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y Seguros de 1993 (No. 26.702), se recoge por primera vez la figura del fideicomiso. Al igual que en el Ecuador y otros países, la figura del fideicomiso se utiliza en el Perú para emprender titularizaciones.

Argentina y su artículo 2662 del Código Civil y otras figuras legales particulares, fueron el antecedente de la Ley 24.441, del que se funda –según varios autores argentinos- en el trust anglosajón pero que a nivel de influencia legislativa recoge conceptos de la LGTOC de México, del Código de Comercio de Colombia, la Ley de Panamá y el Código Civil de Quebec.

⁴ La Ley de Títulos de Crédito fue derogada definitivamente el 24 de Julio de 1964. La Ley General de Operaciones de Crédito fue derogada el 11 de Noviembre de 1966.

Entre los antecedentes legislativos que tuvo la Ley 24.441 se puede mencionar las leyes 14.965 y 14.501 que permitieron utilizar el fideicomiso para la liquidación de la ex Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires, hacia 1958.

Así también la Ley de Entidades Financieras 18.061, modificada por la ley 20.574 preveía la posibilidad de que los bancos de inversión y las compañías financieras actúen como “fideicomisarias” (seguramente hubo un error terminológico en la ley).

También hubo una referencia al fideicomiso en la ley 19.950 de Sociedades Comerciales, en donde se confundió la figura del fideicomiso con una especie de mandato, aplicable en los procesos de emisión de debentures.

La Ley 23.696 y su Decreto 584/93 previeron el fideicomiso como el medio para instrumentar programas de propiedad participada en empresas privatizadas.

Argentina, según lo cita Silvio Lisoprawski, tuvo varios proyectos de ley que fueron los antecedentes de la ley en análisis, tales como el proyecto del Dr. Guillermo Michelson en los años 1967 y 1969 (dos versiones); el anteproyecto del P.E.N. de Duncan Parodi en el año 1984; el proyecto del senador Velásquez en 1984; anteproyectos de notarios de Tucumán: López de Zavalía del año 1986, etc (Lisoprawski, Kiper, 1995, p. 398).

En suma, los países latinoamericanos entienden el fideicomiso como:

México. Evitando entrar en el debate existente entre ciertos autores mexicanos, lo cierto es que el fideicomiso (entendido como los bienes transferidos para cumplir la finalidad instituida por el fideicomitente a través del fiduciario), pasa a ser un patrimonio sujeto a reglas especiales. Dicho patrimonio se convierte en una

universalidad independiente, sometido a una dirección y desarrollo contractualmente fijados.

Panamá. La legislación panameña concibe al fideicomiso como un patrimonio afectado a un fin, cuando dispone que el “fiduciario tendrá todas las acciones y derechos inherentes al dominio, pero quedará sujeto a los fines del fideicomiso y a las condiciones y las obligaciones que le impongan la ley y el instrumento del fideicomiso”.

Pero también lo mira como un patrimonio separado cuando dispone que “los bienes del fideicomiso constituirán un patrimonio separado de los bienes personales del fiduciario para todos los efectos legales y no podrán ser secuestrados ni embargados, salvo por obligaciones incurridas o por daños causados con ocasión de la ejecución del fideicomisos, o por terceros cuando se hubiere traspasado o retenido los bienes con fraudes y en perjuicio de sus derechos.”

Colombia. En Colombia, fiel a la tendencia legislativa latinoamericana, se dispone en el Art. 1227 de su Código de Comercio, que los bienes objeto de fiducia no forman parte de la garantía general de acreedores del fiduciario y sólo garantizan el cumplimiento de la finalidad perseguida.

En concordancia con ello, el Art. 1233 ha consagrado expresamente que “los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forma un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.”

El principio de la separación patrimonial ha sido recogido por la legislación de Colombia, aunque de un análisis de la concepción legal del fideicomiso en el vecino país, se puede destacar que se lo mira más bien como patrimonio separado de los activos del fiduciario, pero a la vez de afectación y autónomo.

Venezuela. Según el autor Nicolás Vega Rolando, el fideicomiso en Venezuela conforma un patrimonio separado, al estar excluido de la prenda común de acreedores del fideicomitente, fiduciario y beneficiarios.

Costa Rica. Dispone el Código de Comercio que los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso, agregando como obligación del fiduciario “mantenerlos separados de sus bienes propios y de los correspondientes a otros fideicomisos”. No obstante ser un patrimonio autónomo, queda aclarado que es de propiedad del fiduciario, quien queda obligado a emplearlos en la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo; es decir, un dueño en función del encargo.

Ecuador. El Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores establece:

“Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad.

Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de

conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.”

Hay discrepancias en que se le haya dado al fideicomiso mercantil personalidad como si fuese una especie de sociedad, limitando la actuación del fiduciario a la de ser un “representante legal”. Se considera que esa concepción se presta además para que el fideicomiso pueda ser entendido, de forma genérica, como una sociedad tributaria, situación jurídica que no debería ser tal atendiendo su naturaleza de ser un medio para la obtención de un fin económico.

Argentina. Dispone el Art. 11 de la Ley 24.441 que sobre los bienes fideicomitidos, existe una propiedad fiduciaria regida por lo dispuesto en el Título VII del Libro III del Código Civil argentino, siendo el fiduciario su dueño pero de un patrimonio separado, tal como lo establece el Art. 14 de la misma ley en cuestión.

Al efecto, el Art. 2662 del Código Civil define al dominio fiduciario: “ es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.”

Perú. El patrimonio fideicometido es distinto del patrimonio del fiduciario, debiéndose llevar contabilidad separada por cada fideicomiso (al igual que ocurre en el Ecuador).

Los bienes fideicomisos se encuentran afectos al pago de obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga en ejercicio de su dominio fiduciario por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad por la que fue constituido, y con sujeción a lo establecido en el acto constitutivo.

Uruguay. La ley uruguaya establece que el fideicomiso conforma una propiedad fiduciaria, haciendo referencia que conforma un patrimonio de afectación, separado e independiente.

Guatemala. De acuerdo al Art. 766 del Decreto 2-70 daría la impresión que se trata de un patrimonio de afectación, al decir: “el fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir con los fines del fideicomiso.”

Por otra parte el Art. 13 del Decreto 26-02 dispone que “para los efectos de esta ley, los fideicomisos serán considerados independientemente de sus fideicomitentes y fiduciarios, lo que complementa el carácter de patrimonio de afectación con el de independiente.

Honduras. En su artículo 1033 de su Código de Comercio lo define así:

“El fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al Banco autorizado para opera como fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación, de carácter obligatorio de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplimiento del fin lícito y determinado al que se destinen.”

Según la legislación hondureña, el “fideicomiso podrá constituirse por acto entre vivos o por testamento, según las circunstancias, y como unilateral, o como contrato entre dos o más personas” (Art. 1034). Por lo demás, siguiendo la tradición latinoamericana, el fideicomiso implica la cesión por parte del fideicomitente de los

derechos o la traslación del dominio de los bienes en favor del fiduciario, quien será frente a terceros la consideración de dueño. (Arts. 1035 y 1036).

Por disposición legal, los bienes que se dan en fideicomiso quedan afectos al fin a que se destinan y por ello sólo podrán ejercerse respecto de ellos los derechos y acciones que se refieran al fin mencionado, salvo los que expresamente se reserve el Fideicomitente, los que para el derivan del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

4.2 MARCO CONCEPTUAL

4.2.1 Objeto de la propiedad Fiduciaria. No se excluyen de la propiedad fiduciaria sino los géneros, de conformidad con la redacción del artículo 795. Puede recaer, entonces, sobre toda una herencia o sobre un legado, sobre uno o más cuerpos ciertos, sobre bienes raíces o bienes muebles.

4.2.2 Sujetos de la propiedad fiduciaria. Pese a que de manera expresa la legislación civil no consagra las partes que intervienen en la constitución del fideicomiso, se puede establecer que en el fideicomiso se cuenta con:

- Fideicomitente: Persona que constituye el Fideicomiso, por medio de la transferencia de la titularidad de los bienes o derechos de los cuales es propietario. El Fideicomitente transfiere los bienes al fiduciario, designa el beneficiario en el fideicomiso, e indica la finalidad del mismo.
- Fiduciario: Es quien recibe para el Fideicomiso, en carácter de Propiedad Fiduciaria, los bienes entregados por el Fideicomitente, con la obligación de darle a dichos bienes, el destino estipulado en el contrato de fideicomiso.
- Fideicomisario o beneficiario: Persona que recibe los beneficios de la administración fiduciaria, por disposición del Fideicomitente o a quien se realiza la restitución del fideicomiso.

Los intervinientes en la constitución del fideicomiso, no necesariamente en la figura del fideicomiso y para que resulte operante, tienen que intervenir estas tres (3) partes, pues la legislación permite que se pueda confundir en una sola persona la figura del fideicomitente y el propietario fiduciario. Esto es, no se pierde la titularidad del inmueble por el hecho de la constitución, pues no se transfiere el derecho de dominio a un propietario fiduciario.

- Del Fiduciario. El constituyente puede nombrar uno o más propietarios fiduciarios. También se autoriza la constitución de sustitutos para el evento de faltar el fiduciario. Si este es uno y fallece, lo suceden sus herederos normalmente. Si son dos o más, de acuerdo con el artículo 809, existe para ellos el derecho de acrecer en caso de faltar alguno. Según esto, si son tres fiduciarios, cada uno tendría una cuota de tercera parte en la propiedad fiduciaria. Si fallece uno, los otros dos quedan con cuotas de mitad, pues se acrece su derecho. Si fallece el otro, el fiduciario sobreviviente queda con la totalidad de la propiedad fiduciaria. Si este fallece sí se transmite a sus herederos la propiedad fiduciaria. Siempre que se suceda en la propiedad fiduciaria (por causa de muerte) o que se transfiera esta (por acto entre vivos), se recibe con la condición que sobre ella recae (art. 810).

- Derechos y obligaciones del fiduciario. El fiduciario, en el fideicomiso, es un propietario a quien le falta la característica de la perpetuidad, pues si se cumple la condición debe entregarle la propiedad al fideicomisario.

Las facultades del fiduciario, a menos que sean condicionadas por el constituyente con la figura denominada en el artículo 808 “tenedor fiduciario”, que solo tiene las facultades de los curadores de bienes, son amplias:

- a) Puede enajenar la propiedad; claro que quien la recibe lo hace con la limitación o condición pendiente.
- b) Tiene la libre administración y puede, inclusive, cambiar la forma con tal de conservar su integridad y valor (art. 817).
- c) Como cualquier propietario, tiene el uso y el goce. Por tanto, puede utilizar la cosa directamente o arrendarla. Puede darla en usufructo o entregarla en comodato, como quiera.
- d) De conformidad con el artículo 813 del Código Civil tiene los derechos y obligaciones del usufructuario. Esta norma lo faculta para ejercer el derecho de retención, pues este está autorizado para retener, cuando se le deban

reembolsos por expensas hechas en la cosa, tal como lo señala el artículo 815, ibídem.

- e) En cuanto a la imposición de hipotecas, servidumbres o cualquier otro gravamen, por mandato del artículo 815, requiere autorización del juez, que se dará con conocimiento de causa, después de haber oído al fideicomisario o a quien lo represente.

En cuanto a las obligaciones del fiduciario, se destaca:

- a) Conservar la cosa. Para tal efecto debe realizar todos los gastos ordinarios e, inclusive, los gastos extraordinarios que se requieran, como el pago de deudas o hipotecas, obras materiales como diques y puentes, costas de un pleito, etc. Por las expensas ordinarias no podrá reclamar. Por las extraordinarias sí, como se reglamentan en el artículo 815.
- b) Prestará inventario y caución solo cuando el juez se lo ordene como providencia conservatoria.
- c) Restituirá el bien al fideicomisario al cumplirse la condición.

- Del fideicomisario. Mientras no se haya cumplido la condición, el fideicomisario solo tiene una expectativa. Por ello, si fallece el fideicomisario sin cumplirse la condición, no hay transmisión, pues no hay derecho. Tampoco se puede enajenar la expectativa por acto entre vivos.

A pesar de ser mera expectativa la situación del fideicomisario, la ley lo ha protegido de dos maneras:

- a) Mediante el artículo 820 le concede las llamadas providencias conservatorias. Si el fideicomisario nota que la propiedad peligra en manos del fiduciario, puede solicitarle al juez que le ordene a este prestar caución de conservación y restitución.

- b) Si el fiduciario quiere gravar el bien, tiene que solicitar autorización judicial y el juez debe oír previamente al fideicomisario (en los dos casos se extiende la persona del fideicomisario a quien lo pueda representar).

El fideicomisario no tiene que existir al momento de constituir el fideicomiso, pero si se espera que exista. Puede ser persona natural o jurídica. Puede ser uno solo o varios, en forma simultánea. Puede haber principal y sustituto; pero no se aceptan fideicomisarios sucesivos. En ese caso, ha dicho la Corte, con el cumplimiento de la condición que favorezca al primero, se extingue la posibilidad para otros (Ochoa Carvajal, Raúl Humberto 2014, p 292 - 293).

- Extinción del Fideicomiso. El artículo 822 señala las causales de extinción del fideicomiso en seis ordinales:

- 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 retrovendendo, 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.

En este último literal, este fenómeno se estudia en el caso de obligaciones como modo de extinción: la confusión. Ejemplo: Pedro constituye propiedad fiduciaria en favor de Juan sobre una finca, con la condición de que la entregue al primer hijo de este que se gradúe de médico. Resulta que Juan fallece y solo tiene un hijo: Diego.

Este hijo lo hereda en la propiedad fiduciaria y a la vez es el fideicomisario. Se extingue, entonces, la propiedad fiduciaria por confusión y pasa Diego a ser propietario.

4.2.3 Condición: Es un suceso futuro e incierto que puede suceder o no.

“El suceso futuro se refiere al conocimiento del suceso mismo; es decir a un hecho desconocido, porque el suceso puede haber acontecido sin que ello se sepa. Ejemplo: Hago esto si Pedro ha llegado o no a la China, y como Pedro se había ido un año antes, bien puede haber llegado y por eso yo no lo sé. Por eso se dice que el suceso para ser condición deberá ser futuro, no en orden al tiempo sino a su acontecimiento”. La condición puede quedar en suspenso hasta treinta años (art. 1.019). Esta es la misma regla de los fideicomisos, según el artículo 800 (t. 3º, núms. 295 y 296).

- Casos en que puede haber o no condición. A ellos se refiere el Art. 1.130.

Si la condición que se impone como para tiempo futuro, consiste en un hecho que se ha realizado en vida del testador, y el testador al tiempo de testar lo supo, y el hecho es de los que pueden repetirse, se presumirá que el testador exige su repetición; si el testador al tiempo de testar lo supo, y el hecho es de aquellos cuya repetición es imposible; se mirará la condición como cumplida; y si el testador no lo supo, se mirará la condición como cumplida, cualquiera que sea la naturaleza del hecho (Código Civil, 2014).

Este artículo trata de una condición que consiste en un hecho realizado antes del momento de testar, momento que es el que establece lo pasado, presente y futuro, respecto de las disposiciones testamentarias (art. 1.129). La condición aludida puede serlo o no, según las circunstancias, esto es, puede requerir que el hecho se repita para producir este efecto. Más claro: según las circunstancias, la asignación puede ser pura y simple o condicional.

Casos en que pueden ocurrir:

1° El hecho realizado puede repetirse. Si el testador lo supo, se presume que exige su repetición. Luego si no se repite, no vale la asignación, esto es, no la adquiere el asignatario. En este caso la asignación es condicional. Por ejemplo, el testador deja a Pedro cinco mil pesos con la condición de que vaya a Paris. El hecho puede repetirse suponiendo que el testador hubiera sabido, cuando testó, que ya Pedro había estado en aquella capital. Por tanto, para que éste adquiriera la asignación tiene que repetir el viaje.

2° El hecho realizado no puede repetirse. Si el testador lo supo, se mirará la condición como cumplida, es decir, como que no existe, y por lo mismo, la asignación es pura y simple. Si el testador deja a Pedro los cinco mil pesos porque se case con Juana, o porque se gradúe de abogado, si estaba ya casado o graduado cuando se otorgó el testamento y el testador lo supo, muerto éste, tiene derecho Pedro a la suma mencionada, puesto que se trata de un hecho que no puede repetirse.

3° El testador no supo al testar que el hecho en que consiste la condición ya se había realizado. Entonces cualquiera que sea la naturaleza, de ese hecho, esto es, púdase o no repetir, la condición se mira como cumplida, o lo que es lo mismo, la asignación es pura y simple, y se defiere al asignatario al momento de fallecer el testador. Para este caso puede servir como ejemplo el del número 1° o del 2°, porque lo que distingue principalmente estos tres casos, es esto: en el 1° y en el 2° el testador supo al testar que el hecho se había realizado; en el 3° no lo supo. Sólo en el caso 1° es condicional la asignación, porque si el testador supo el hecho y puede repetirse, es natural que se suponga que exige que el asignatario lo repita para que adquiriera la asignación. El artículo 1.130 interpreta la intención del testador (art. 1.127). Por tanto sobre la interpretación de esta, debe prevalecer la voluntad de aquel claramente manifestada, como ocurre respecto de casi todas las disposiciones legales sobre la materia, siempre que dicha voluntad no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales.

- Casos especiales: Según el artículo 1.550, las disposiciones relativas a esos casos son aplicables a las obligaciones condicionales de los contratos, en lo que no pugnen con las reglas a que particularmente están sometidas dichas obligaciones.

Art. 1.131: La condición de no impugnar el testamento, impuesta a un asignatario, no se extiende a las demandas de nulidad, por algún defecto en su forma.

De acuerdo con este artículo, que por su naturaleza no es aplicable a los contratos, puede ser condición de una asignación – no se olvide que ésta puede ser herencia o legado (art. 1.011) – que el asignatario no impugne el testamento. Luego si lo impugna pierde la asignación. Es, pues, resolutoria la condición de que se trata, la cual era muy usada antiguamente. Por ejemplo, el testador dice: “Dejo a mi hijo Pedro cinco mil pesos con la condición de que no impugne ninguna de las disposiciones de mi testamento; si impugnara alguna, esto es, si pudiere que se declare ineficaz, no tendrá derecho al legado”. Desde que Pedro establezca demanda de impugnación, cualquiera que sea el resultado de ésta, es decir, declárese válidas o ineficaces las disposiciones impugnadas, pierde el legado, pero no su legitima si es heredero forzoso.

La condición no se extiende a las demandas de nulidad por algún defecto en la forma del testamento. Esto es razonable, porque esta clase de demandas tiene, en suma, por objeto averiguar si existe testamento o no, y averiguar esto no puede prohibírsele a nadie.

De otro modo: quien impugne la forma de un testamento, lo que sostiene es que el acto que se presenta como tal no puede tenerse como la voluntad del testador, porque carece de los requisitos legales para ser testamento. Así es que el impugnador en este caso en vez de oponerse a que se cumpla la voluntad del testador, lo que trata es de que se establezca cuál es dicha voluntad. Si el testamento se declara válido, no habría razón para que el impugnador no tuviese derecho a la asignación respectiva, desde que él no se había opuesto a que se cumpliera la verdadera voluntad del testador, sino que había tratado de ponerla en claro.

Por consiguiente, la condición de no impugnar el testamento, lo que prohíbe al asignatario es que, aceptando la validez de éste, sostenga en juicio que contiene alguna o algunas disposiciones ilegales. Por ejemplo, si el testador señala las especies en que paga las legítimas que debe (art. 1.255); si hace la partición en el testamento (art. 1.375); si declara que ciertos presentes que hizo a un legitimario no deben imputársele en su legítima porque fueron con ocasión de su matrimonio (art. 1.256); si nombra un albacea fiduciario (art. 1.368), y luego hace un legado a uno de sus herederos, de quien teme que pueda establecer controversias sobre la validez de estas cláusulas, con la condición de que no impugne el testamento, desde que las establezca pierde el legado, cualquiera que sea el resultado de ellas.

Como se evidencia, la condición a la que hace referencia prohíbe el discutir legalmente el fondo del testamento y no su forma.

- Derechos del asignatario condicional. Las asignaciones testamentarias se originan del afecto que el testador profesa al asignatario. Consecuencia de esto es que la asignación no pueda deferirse sino al mismo asignatario en persona; de modo que su muerte anterior a la del testador hace caducar la asignación. Desde que ésta se defiere al asignatario entra a formar parte de su patrimonio, y por lo mismo, si él muere un instante después de que se le ha deferido, la transmite a sus herederos.

Si la asignación es bajo condición resolutoria, la regla precedente es aplicable, pues en este caso la condición no impide que la herencia o legado se defieran en el momento de la muerte del testador, pero puede ser motivo para que el asignatario la pierda si no cumple la condición, de las asignaciones testamentarias condicionales.

No ocurre lo mismo respecto de las asignaciones bajo condición suspensiva. Si toda disposición testamentaria requiere que haya muerto el testador para que sea efectiva, pues durante la vida de éste no constituye sino un proyecto o una esperanza para el asignatario, las asignaciones bajo condición suspensiva, requieren, como los demás, que el asignatario sobreviva al testador y además que viva cuando la condición se cumpla.

Lo anterior, porque semejante condición suspende la existencia misma de la asignación, y por lo mismo ésta no se defiere sino cuando aquélla se realiza, y si se realiza después de la muerte del asignatario, como éste no había adquirido ningún derecho, no tiene cual transmitir a sus herederos (arts. 1.014 y 1.019, inciso 2°). Lo mismo ocurre en los fideicomisos (art. 820). Esto conforme con las leyes 34 y 35, Título 9 Parte 6°. Y con el artículo 1.039 del Código Francés.

Muerto, pues, el testador, si ha dejado asignaciones bajo condición suspensiva, hay derechos que no se sabe de quién serán en definitiva, pues para que sean de los asignatarios es preciso que las condiciones se cumplan y que ellos vivan cuando se cumplan. Mientras se sabe esto, la asignación estará en poder de los herederos del testador o de la persona que él designe. Pero como puede llegar a ser del asignatario, la ley debía otorgar a éste algunos derechos para lograr que la asignación se conserve.

Esos derechos los confiere el Art. 1.136:

“Las asignaciones testamentarias, bajo condición suspensiva, no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición, sino el de implorar las providencias conservativas necesarias.

Si el asignatario muere antes de cumplirse la condición, no transmite derecho alguno. Cumplida la condición, no tendrá derecho a los frutos percibidos en el tiempo intermedio, si el testador no se los hubiere expresamente concedido”.

Es justo que a quien pueda llegar a ser dueño de alguna cosa, se le permita implorar del Juez que se decreten las providencias necesarias para conservar aquélla.

Debe tenerse presente el artículo 1.349 que impone sobre el particular ciertos deberes a los albaceas. El último inciso de artículo 1.549, también autoriza las providencias conservatorias respecto de las obligaciones condicionales de los contratos.

Muerto el asignatario antes de cumplirse la condición, no tiene derecho que transmitir y cesan naturalmente las providencias de que se trata. Esto no ocurre en las obligaciones condicionales de los contratos, en conformidad con el inciso 1° del artículo 1.549; de aquí la razón del 2° inciso de ese artículo.

Cumplida la condición en vida del asignatario ¿de quién son los frutos percibidos desde la muerte del testador hasta el cumplimiento de aquélla? Este punto sólo hay que resolver, porque si no se cumple la condición, la herencia o legado y sus frutos serán de los herederos del testador, a menos que él haya dispuesto otra cosa.

De acuerdo con el último inciso del artículo 1.136, a los frutos aludidos no tiene derecho el asignatario, si sobre ellos ha guardado silencio el testador. Esto es conforme con el número 1° del artículo 1.395. Luego esos frutos serán de los herederos o del encargado de cumplir la asignación. En estos casos prevalece la voluntad expresa del testador, quien puede disponer que los frutos sean del asignatario condicional, y entonces los recibirá con la asignación el día que ésta se defiera, o puede también recibirlos, si lo dispone el testador, desde la muerte de éste, quedando entonces pendiente sólo la asignación.

Por ejemplo, dice un testador: “Dejo diez mil pesos a Pedro bajo la condición de que se reciba de abogado”. Muerto el testador, Pedro sólo tiene una expectativa que le da derecho a implorar las providencias conservatorias de que se ha hablado. Una vez se gradúe, tiene derecho sólo a los diez mil pesos, pero no a los intereses de éstos. Si el testador agrega que mientras Pedro se gradúe se le den los intereses de la suma indicada para sus gastos, esos intereses son un legado puro o simple, o una pensión que Pedro tiene derecho a percibir desde la muerte del testador. Si en vez de estos dispone el testador que si Pedro se gradúa se le darán los diez mil pesos con sus intereses, entonces para que tenga derecho a los unos y a los otros, es necesario que se reciba de abogado.

Se debe observar por último que hay asignaciones que rara vez caducan, porque el asignatario muera antes que el testador; tales son las en favor de una

persona jurídica, como un hospital, una comunidad religiosa, etc. La razón de esto es que esas personas desaparecen difícilmente. Disueltas antes de la muerte del testador, la asignación caduca.

4.3 MARCO LEGAL

4.3.1 Código Civil. En sus artículos 793 – 822 reglamenta lo relacionado con la Propiedad Fiduciaria como una forma de limitación del dominio, esto es, dirige sus preceptos a regularla no como contrato sino como una modalidad especial de la propiedad, siguiendo, ciertamente, la tradición del derecho romano.

Así las cosas, el artículo 794 señala:

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

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso.

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

La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución (Código Civil, 2014)

Con relación a la condición en la Propiedad Fiduciaria, el Código Civil en sus artículos 799 y 800, señala:

Artículo 799. Condiciones del Fideicomiso. El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario o su sustituto, a la época de la restitución.

A esta condición de existencia, pueden agregarse otras copulativa o disyuntivamente.

Artículo 800. Termino de las Condiciones. 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

COMENTARIO – Sobre el término de treinta años para que se cumpla la condición para la restitución de un fideicomiso. Respecto al término de “treinta años” (30) en los que, según el artículo 800 del Código Civil, debe cumplirse la condición de que penda la restitución de un fideicomiso so pena de ser tenida como fallida o no cumplida, existen dos criterios diametralmente opuestos. En efecto, quienes consideran que el término treintenario (30) inicialmente pasó a convertirse en veintenario (20) con motivo de la vigencia del artículo 1° de la Ley 50 de 1936 y que luego dicho término veintenario (20) pasó a reducirse a diez (10) años con fundamento en la Ley 791 de 2.002, y el que, por contrario, sostiene que dicho término de los treinta años (30) se mantiene aún con la vigencia de las citadas leyes 50 de 1936 y 791 de 2.002, teniendo en cuenta que la reducción de términos a que se refieren dichas disposiciones aplica al tema de la prescripción extintiva de la acción, en tanto que el artículo 800 contiene un término dentro del cual debe verificarse una condición pendiente y, sabido es que, mientras la condición penda no existe el derecho y en consecuencia no corre término alguno de prescripción extintiva de la acción. (Código Civil comentado, 2014).

La condición, hecho futuro e incierto, es elemento de la esencia en la propiedad fiduciaria. De tal manera que sin la presencia de una condición no se podría pensar en un fideicomiso.

Esta condición tiene la doble calidad de suspensiva y resolutive, según el punto de vista desde el que se observe. Así, para el fideicomisario la condición es suspensiva, ya que su derecho está latente, suspendido, hasta cuando se cumpla la condición. Entre tanto, para el fiduciario el derecho de dominio nació desde la constitución del fideicomiso y se resuelve en caso de cumplimiento de la condición.

Esta puede ser una sola, pero también pueden ser varias copulativa o disyuntivamente. De todas maneras, “el fideicomiso supone siempre la condición

expresa o tácita de existir el fideicomisario o su sustituto, a la época de la restitución” (art. 799).

En lo que respecta al tiempo, la condición no puede pasar de treinta años para cumplirse, so pena de declararse fallida, a menos, según el artículo 800, de que sea la muerte del fiduciario el evento de que penda la restitución. Esta norma busca proteger la vida del fiduciario, pues el fideicomisario, viendo que se van a cumplir los treinta años sin que el fiduciario fallezca, podría precipitar los acontecimientos en su favor. (Ochoa Carvajal, 2014, p 291).

Artículo 807. Ausencia de Fiduciario. Cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos (Código Civil, 2014)

Un aspecto importante de abordar en lo concerniente a la sustitución fideicomisaria, al respecto, el Código Civil señala:

Dice el Art. 1.223. Sustitución Fideicomisaria es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.

La sustitución fideicomisaria se regla por lo dispuesto en el Título de la Propiedad Fiduciaria.

En la simple sustitución, no hay otra cosa que el nombramiento de sustituto que deben reemplazar al asignatario directo cuando éste falta, es decir, cuando no puede o no quiere recibir la asignación. Puede decirse que en esta clase de sustitución el derecho de los sustitutos está subordinado simplemente a la condición de que falte el asignatario directo o principal. La sustitución era de grande importancia en el Derecho romano, porque los testadores tenían interés en asegurarse un heredero para que no

llegase a faltarles, pues, sin él caducaban o se anulaban las disposiciones testamentarias. De acuerdo con ese derecho no había testamento sin heredero ni se podía morir parte testado y parte interesado, como se puede, de acuerdo con las Legislaciones modernas.

En la sustitución fideicomisaria a que se refiere el artículo 1.223, también hay asignatario directo que es el fiduciario, y sustituto de éste que es el fideicomisario, pero a éste no va la asignación sino luego que se cumple una condición (art. 794).

Esta sustitución también es de origen romano; de ese derecho pasó a la antigua legislación española (Leyes del Tit. 5° de la Part. 6ª). De las modernas, unas la condenan en absoluto como los Códigos de Italia y México; otras no dicen nada de ella, lo que equivale a no aceptarla; otras, como el Código Francés, la condenan de una manera general, pero la admiten en ciertos casos (Baudry – Lacantine); otras la admiten en ciertas restricciones, como los Códigos Chileno, Colombiano y español, en los cuales se ha modificado la doctrina romana que hacía depender la subsistencia de un fideicomiso de la aceptación de la herencia por parte del fiduciario.

Como la sustitución fideicomisaria, según el 2° inciso del artículo 1.223, se regla por lo dispuesto en el título sobre la propiedad fiduciaria, no basta remitirse en el título VIII del libro segundo (núms. 268 etc). A lo dicho allí sólo se tiene que agregar los dos artículos que siguen después de decir que la regla 3ª del artículo 162 de la Ley 147 de 1.888, establece la competencia judicial relativa a la entrega de fideicomisos.

Art. 1.224. Si para el caso de faltar el fideicomisario antes de cumplirse la condición, se le nombran uno o más sustitutos, estas sustituciones se entenderán vulgares, y se sujetarán a las reglas de los artículos precedentes.

Ni el fideicomisario de primer grado, ni sustituto alguno llamado a ocupar su lugar, transmiten su expectativa si faltan.

Para mejor inteligencia de este artículo es de la esencia del fideicomiso, que la propiedad fiduciaria no pase al fideicomisario, sino cuando se cumpla una condición. Por ejemplo, un testador deja un inmueble a Pedro; pero con la condición de que pase a Juan cuando se case con María. Muerto el testador, Pedro que es el fiduciario, recibe el inmueble; Juan que es el fideicomisario, sólo tiene la expectativa de adquirirlo si se casa con María. Como puede ocurrir que antes del casamiento de ésta fallezca Juan, el testador puede nombrar a éste uno o más sustitutos, los cuales se entenderán vulgares para el efecto, de reemplazar a Juan, lo que en nada modifica la esencia del fideicomiso, y por lo mismo, deben quedar sometidos a las reglas de los artículos 1.215 y siguientes. Esto se funda en que el fideicomisario, bien sea de primer grado o sustituto, que fallece antes de la restitución, no transmite por testamento o ab intestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa, que pasa *ipso jure* al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere. Esta doctrina del artículo 821 la confirma el 2º inciso del 1.224. Así es que el testador en previsión de que pueda no haber fideicomiso por el testador por falta del fideicomisario (art. 799), puede nombrarle uno o más sustitutos que tengan la expectativa de adquirir el fideicomiso cuando se cumpla la condición correspondiente.

Art. 1.225. La sustitución no debe presumirse fideicomisaria, sino cuando el tenor de la disposición excluye manifiestamente la vulgar.

Cuando un testador nombra sustitutos a sus asignatarios directos, no hay razón para presumir que aquéllos sean fideicomisarios, porque el fideicomiso desde que está sometido al evento de una condición, no puede suponerse si no se establece de una manera expresa, o si el tenor de la disposición respectiva no excluye manifiestamente la sustitución vulgar. Si un testador deja sus bienes a Pedro, y si éste falta, a Juan, no habría motivo para presumir que Juan es sustituto fideicomisario. Bastaría, por lo mismo, que Pedro muriese antes que el testador o que no aceptase la herencia, para que ésta pasara a Juan, sin necesidad del cumplimiento de ninguna condición.

“Antes se consideraba, el artículo 1.166, que es como el 1.225, válida una sustitución fideicomisaria hecha sin manifestar el destino determinado de los bienes y se ordenaba que se estuviera sobre el particular a lo que ejecutase el fiduciario, bajo las instrucciones reservadas que se le habían comunicado⁵. El Código manda que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria sean expresos para que así no se burle la ley.

“El heredero debe entregar la herencia al fideicomisario sin más deducción que la de los gastos legítimos, créditos y mejoras (t. 3º, núms, 301, etc.), condenándose así la doctrina romana que aceptó la legislación de Partidas, que permitía deducir la cuarta llamada *Trebeliánica*, en favor de los herederos fiduciarios.

“Siempre que haya duda acerca de si es vulgar o fideicomisaria una sustitución, se estará por la primera.”

⁵ Hoy pueden hacerse encargos secretos (art. 1.368); pero éstos no son fideicomisos.

5. OBJETIVOS

5.1 OBJETIVO GENERAL

Explicar las implicaciones socio jurídicas de la propiedad fiduciaria civil para la protección del patrimonio

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar las implicaciones sociales de la propiedad fiduciaria civil para la protección del patrimonio
- Describir las implicaciones jurídicas de la propiedad fiduciaria civil para la protección del patrimonio
- Determinar los beneficios de la aplicación de la figura jurídica de la fiducia civil en la protección del patrimonio

6. METODOLOGÍA

6.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación se enmarca en un paradigma cualitativo, en el entendido que privilegia una lectura de realidad desde lo planteado por la normatividad, y focalizada en un aspecto particular como lo es la Fiducia Civil.

6.2 MÉTODO / ENFOQUE

En consonancia con el tipo de investigación, el método es inductivo, porque parte de lo particular a lo general, es decir desde lo expuesto por la herramienta jurídica de la Fiducia Civil y las implicaciones que ella trae desde lo social y jurídico.

El enfoque es descriptivo - explicativo. Descriptivo porque se partirá desde los lineamientos normativos de la Fiducia Civil, desde su fundamentación y la aplicabilidad de la misma. Explicativo porque se dará cuenta de las implicaciones desde lo social y jurídico, a partir de la aplicabilidad de dicha figura.

6.3 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

La técnica de recolección de información es la revisión documental.

6.4 FUENTES DE INFORMACIÓN

- Fuentes primarias. Normatividad alusiva a la Fiducia Civil
- Fuentes Secundarias. Documentos, artículos.

8. RESULTADOS

En el siguiente capítulo se darán a conocer las implicaciones de la fiducia civil para la protección del patrimonio. Así las cosas, se encontró que:

Implicaciones socio jurídicas de la propiedad fiduciaria civil para la protección del patrimonio

En primer lugar se hace oportuno señalar que la información respecto al tema es muy escasa, a ello se suma que al momento de hacer un sondeo con abogados y notarios acerca del tema, poco o nada saben de las implicaciones, tan sólo se refieren a lo estipulado en la norma pero nada más.

Entre algunos de los efectos encontrados se tiene:

En el contrato de fideicomiso el fideicomitente transfiere bienes o derechos que serán administrados por el fiduciario, es sobre esos bienes fideicomitados que se constituye una propiedad fiduciaria.

El carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos.

Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio de afectación, que es una propiedad fiduciaria que se convierte en un patrimonio separado, que no se confunde con el patrimonio de las partes del contrato.

El código establece al fiduciario -sin perjuicio de su responsabilidad- la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables.

Vale aclarar que ese patrimonio fiduciario no tiene personalidad jurídica propia, y no es sujeto de derecho.

Es menester señalar desde lo tributario, el patrimonio fiduciario -desde el punto de vista fiscal (tributario)- es asimilado a una persona jurídica.

Con relación a lo anterior, señala la DIAN, frente al problema jurídico ¿Quién debe cumplir las obligaciones principales y accesorios relativas al impuesto sobre la renta y complementarios respecto de los bienes objeto de un fideicomiso civil, así como de los ingresos que de aquel deriven?. A lo anterior responde la DIAN:

De acuerdo con los artículos 793 al 822 del Código Civil el fideicomiso civil está consagrado como una de las formas de limitación de la titularidad del derecho de dominio, en consideración a que el dominio puede pasar a otra persona en virtud de una condición, y la propiedad fiduciaria como aquella que está sujeta de pasar al gravamen de otra persona por el hecho de verificarse una condición. De acuerdo con el artículo 1223 del mismo Código Civil, se explica la sustitución fiduciaria como aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.

La constitución de la propiedad fiduciaria así como el bien constituido en propiedad fiduciaria se llaman ambas fideicomiso.

La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se constituye el fideicomiso, se denomina restitución.

El fideicomiso civil vincula tres (3) partes: Constituyente, fiduciario y fideicomisario.

Constituyente es la persona que entrega los bienes en fiducia al fiduciario; fiduciario es la persona a quien se encomienda la propiedad mientras se verifica el cumplimiento de la condición con cargo a restituirla al fideicomisario; y fideicomisario es la persona a cuyo favor debe llevarse a cabo la restitución cuando se cumpla la condición.

Deriva igualmente de la regulación legal al respecto existente, que la característica fundamental de la propiedad fiduciaria en el Código Civil, es que encuentra sujeta a una condición al estar sometida al advenimiento de un hecho futuro e incierto, que una vez se cumpla obliga al fiduciario a entregar la cosa al fideicomisario.

El fiduciario puede disponer de los bienes en una forma abierta y general, con la única limitación de conservarlos en su integridad para restituirlos tan pronto se cumpla la condición establecida.

El fiduciario ostenta el derecho pleno de propiedad y de usufructo mientras dure el fideicomiso.

El Código Civil Colombiano, a diferencia de la Ley Bancaria y del Código de Comercio, no exige calidades especiales al fiduciario.

Por tanto, es criterio general y que este Despacho comparte, que mientras no se verifique la condición de la cual depende la restitución, el fiduciario es propietario de los bienes que integran el fideicomiso, los frutos que producen tales bienes constituyen un ingreso para éste, salvo que excepcionalmente se disponga que son el fideicomisario. En este último caso, quien administra los bienes es un simple tenedor fiduciario, que únicamente tiene las facultades de los curadores de bienes (art. 808 del C.C.). Presentándose esta circunstancia exceptiva, civilmente no se entiende que ha habido transferencia de titularidad del derecho de propiedad al fiduciario (Concepto DIAN 9255 febrero 14 de 2002).

La Fiducia Civil, demanda obligaciones del fiduciario, así:

El propietario fiduciario es la persona a la cual se le otorga la propiedad con el gravamen de restituirla a otra persona denominada fideicomisario, en caso de que esta última cumpla la condición señalada en la escritura pública o en acto testamentario mediante el cual se constituyó el fideicomiso; la calidad de fiduciario también la puede ostentar el mismo constituyente del fideicomiso o sus herederos, de conformidad con lo señalado en el artículo 807 del código civil el cual expresa lo siguiente:

“Cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos”.

Dentro de las principales obligaciones del propietario fiduciario se encuentra la conservación de la cosa, es decir, que deberá asumir las expensas que sean necesarias para tal fin; incluso es obligado a las expensas extraordinarias, sin embargo cuando ejecute estas últimas tendrá derecho al reembolso previo a la restitución en caso de que el fideicomisario cumpla la condición.

Cuando el fiduciario tiene la libre administración del bien objeto del fideicomiso puede incluso mudar su forma, pero siempre con la obligación de conservar la integridad y el valor, por ejemplo siendo el bien objeto del fideicomiso una casa podrá ser cambiada la estructura, pero no podrá ser destruida. Es obligación además del fiduciario responder por los daños y deterioros que provengan de un hecho o culpa suya.

Si el propietario fiduciario efectúa mejoras no necesarias ¿tiene derecho a pedir las al fideicomisario en caso de que haya lugar a efectuar la restitución por cumplimiento de la condición?. Las mejoras no necesarias efectuadas por el propietario

fiduciario no podrán ser reclamadas por este al momento de la restitución, sin embargo si podrá oponer dichas mejoras como compensación en caso de deber indemnización al fideicomisario por concepto de daños o deterioros causados a la cosa.

Por último hay que señalar un aspecto importante respecto a la responsabilidad que tiene el fiduciario en caso de deterioros; el fiduciario se exime de la responsabilidad por los deterioros causados a la cosa objeto del fideicomiso, cuando de manera expresa en el acto de constitución se le concede el goce de la propiedad fiduciaria a su arbitrio.

Síntesis de la realidad Fiduciaria Civil actual en Colombia.

La Propiedad Fiduciaria o Fideicomiso Civil, en Colombia es tomada como una solución efectiva de protección patrimonial en vida de la persona y después de su fallecimiento.

Esta figura jurídica, que se encuentra consagrada en el Código Civil como una herramienta muy importante para la organización y protección patrimonial por medio de la cual los bienes que pertenecen a una persona pasan a pertenecer a otra u otras, cuando se cumpla una condición fijada por aquella.

El Art.- 794 del Código Civil Colombiano, llama Propiedad Fiduciaria, a “la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición.

La constitución de la Propiedad Fiduciaria se llama Fideicomiso Civil.

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

La Propiedad Fiduciaria, constituye en sí una limitación a la propiedad de los bienes de una persona natural o jurídica que está sometida a una condición. La condición debe cumplirse para que pueda darse el traspaso de los bienes al nuevo propietario.

Al constituir un Fideicomiso Civil, también se obtiene varios beneficios como la protección del patrimonio de una persona natural contra las acciones iniciadas por una tercera persona como los embargos o secuestros de bienes muebles e inmuebles.

El Código Civil Colombiano, además menciona que pueden constituirse por acto entre personas vivas y por Escritura Pública. Los bienes inmuebles, deben ser inscritos en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos con el fin de garantizar la inembargabilidad o si es un vehículo en la Oficina de Tránsito.

El beneficiario, mientras no se cumpla la condición no tiene ningún derecho sobre la propiedad de los bienes. En un inicio solo tiene meras expectativas de adquirirlos en el plazo o momento que se ejecute la condición.

Para que exista el Fideicomiso Civil, se requiere que hay un fideicomitente y unos beneficiarios, llamados también fideicomisarios.

Los únicos que firman la Escritura Pública de Constitución del Fideicomiso, son el fideicomitente y el Fiduciario que es a quien se le encarga la administración de los bienes o propiedad.

El Fideicomiso Civil, puede ser modificado o cancelado en cualquier momento.

Los bienes que pueden constituirse en Fideicomiso Civil en Colombia, son todos sin excepción como casas, vehículos, muebles y enseres, acciones, aportes en sociedades y rentas salariales, pero deben estar libres de todo tipo de gravamen es decir de empeño, prenda, hipoteca o embargo.

Con respecto a los bienes inmuebles hipotecados, y sobre los cuales se pretenda constituir el fideicomiso civil, o buscan ser gravados por un embargo, se encontraron los siguientes interrogantes:

- a. *¿Procede la inscripción de un fideicomiso civil existiendo en el folio de matrícula un gravamen hipotecario, cuando en una misma persona concurren las calidades de fideicomitente y fiduciario?*

La Resolución Nro. 1302 del 21 de Noviembre de 2014, expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro, resuelve un recurso de apelación (expediente DR.122-2014, interpuesto por el señor Luis Ricardo Sánchez Tobón, ante la negativa de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Girardota – Antioquia, al inscribir la escritura pública Nro. 1580 del 10 de Julio de 2013 de la Notaria Veintidós de Medellín, contentiva de la constitución de un fideicomiso civil, vinculada al Folio de Matricula Inmobiliaria Nro. 012-9090), con los siguientes argumentos de hecho y derecho:

EN EL FOLIO DE M.I. SE ENCUENTRA INSCRITA HIPOTECA, POR TANTO NO PROCEDE INSCRIBIR LIMITACIÓN DEL DOMINIO ART. 1677 DEL C.C. (folio 2).

El recurso de reposición se sustenta en que, para la Ley colombiana la constitución de hipoteca no limita la disponibilidad del bien inmueble hasta el punto que puede venderse o constituirse otras hipotecas sobre el mismo inmueble, la hipoteca es un gravamen.

Pueden incluirse bienes hipotecados o prendados sin que los beneficiarios de esos gravámenes pierdan sus privilegios legales. En estos casos protege contra los remanentes. La figura no aplica para bienes embargados. Lo que no ocurre en este caso.

En primera instancia arguye el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Girardota que:

..... Con lo anterior el Despacho no encuentra de recibo las explicaciones con las que se pretende la inscripción del fideicomiso civil y se ratifica en la nota devolutiva y bajo los considerandos de que existiendo una hipoteca pesando como gravamen sobre el bien, no podría inscribirse el fideicomiso.

Es que el solo hecho de que sobre el bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria 012-9090, tenga inscrita un gravamen hipotecario y al no encontrarse medida de embargo sobre el mismo, al inscribir un fideicomiso civil como se propone, podría estarse desprotegiendo al acreedor hipotecario, ya que la inembargabilidad establecida en la norma, eso es lo que protege.

Con respeto a las consideraciones de la Dirección de Registro consideró:

.... Por medio de la escritura objeto de inscripción el señor LUIS RICARDO SANCHEZ TOBON, quien es el propietario inscrito del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 012-9090, según anotación 3 del folio en comento, constituye fideicomiso civil, reservándose la calidad de propietario fiduciario a favor de los beneficiarios VALENTINA SANCHEZ LONDOÑO Y JUAN RICARDO SANCHEZ PEREZ.

Así las cosas se verifica en la escritura pública objeto de estudio, que el constituyente del fideicomiso civil, (propietario del bien inmueble), tiene en la constitución del fideicomiso la calidad de fideicomitente y propietario fiduciario. Esto es, que no pierde la titularidad del inmueble por el hecho de esta constitución pues no se transfiere el derecho de dominio.

Consecuentemente podemos decir, que bajo lo preceptuado por el artículo 1677 del código civil, que establece en el numeral 8° que no son embargables, la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente, no sería aplicable para el caso en estudio, precisamente por el hecho de verificarse que en una misma persona se confunden las posiciones de fideicomitente y propietario fiduciario.

Esto lleva a concluir que no puede ser negada la inscripción de la constitución del fideicomiso civil, existiendo registrado el gravamen hipotecario contenido en la anotación Nro. 18 del folio de matrícula inmobiliaria, por el hecho de no existir transferencia del derecho de dominio a un propietario fiduciario, lo que a su vez no permitiría negar la inscripción de un embargo en el evento de ser solicitado, pues la normativa sobre los bienes inembargables no es aplicable al no darse los presupuestos que ella contiene para ese efecto.”

Dado lo anterior, y como respuesta al interrogante, si da lugar a inscribirse el fideicomiso civil, pues por el hecho de no operar la transferencia del derecho de dominio a un propietario fiduciario, no se puede predicar que un inmueble sobre el cual se constituya el fideicomiso civil, establecidos en los artículos 794 y siguientes de la legislación civil sea de aquellos bienes que se consideran inembargables, por las precitadas normas.

b. ¿Procede la inscripción de una medida cautelar -embargo- sobre un bien constituido en fideicomiso civil?

Si bien es cierto que al constituirse un fideicomiso civil los bienes son inembargables de conformidad con el Art. 684⁶ del C.P.C., es importante tener claro que para que esta figura sea aplicable debe predicarse en la constitución de esta figura de tres (3) personas como lo son: **un constituyente o un fideicomitente, el fiduciario (propietario) y el fideicomisario**, y no dos como es habitual esto es el constituyente o fideicomitente que se confunde con el fiduciario, y el fideicomisario.

Para resolver este segundo interrogante, la Sentencia de tutela 25.430 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Bogotá 09 de Mayo del año dos mil seis (2006), establece:

⁶ El Código General del Proceso estableció la vigencia del artículo 684 del C.P.C.. hasta el 1 de Enero de 2014, fecha en la cual empieza a regir el artículo 594 del Código General del Proceso.

“Así las cosas, puede inferirse que cuando la ley habla de objetos que se posean fiduciariamente o de propiedad fiduciaria, está haciendo alusión al fiduciario, aquella persona que es formalmente propietario, porque esa titularidad sobre el bien la tiene en forma transitoria, con cargo a pasarla o restituirla al tercero beneficiario o fideicomisario. En esa medida, el legislador quiso proteger esa condición, ese estado latente de la propiedad, prohibiendo su embargo, pues en realidad se posee el bien con la limitante de tenerlo que pasar a otra cumplida una condición y aunque puede disponer de él, queda de todos modos con la obligación de restituirlo.

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, lo que significa que en verdad siguió siendo el propietario absoluto y así se desprende de la cláusula novena de la escritura de constitución del gravamen. (...) dicho de otra manera, por la Sala, dado que en el comandado Valencia Rincón, concurren las dos calidades, la de propietario pleno y la de fiduciario civil, no es esta la hipótesis que contemplan los artículos 684, numeral 13 del C.P.C. y 1677, numeral 8 del C.C., que se refieren, en su orden, a quien posea el objeto fiduciariamente y a la propiedad de objetos que el deudor posee fiduciariamente.

Finamente, si en gracia de la discusión, se llegara a pensar que de todas maneras al ejecutado ostentar la calidad de fiduciario, gozaría de la inembargabilidad del bien y no sería garantía general de todos los acreedores, por estarlo poseyendo, además de propietario, como fiduciario, debe precisarse que ante esa disyuntiva, debe estarse por la embargabilidad, pues no puede dejarse de lado que el mismo obedece a una acreencia laboral, que tiene su privilegio sobre otros créditos, estando por delante solamente las cosas judiciales, las expensas funerarias necesarios del deudor difunto y los gastos de su última enfermedad (...) y con mayor en ese caso, en el cual la fideicomisaria no cuenta con un derecho consolidado, sino con una mera expectativa de adquirir el inmueble cuando su titular fallezca.

El Fiduciario, puede disponer de los bienes en una forma abierta y general, con la única limitación de conservarlos en su integridad para restituirlos cuando se cumpla la condición establecida. También cuenta con el derecho pleno de propiedad y de usufructo mientras dure el Fideicomiso.

No existe limitación al número de fideicomisarios.

Es importante, proteger el patrimonio de cada persona ya que representa el esfuerzo que cada uno ha hecho durante toda su vida.

Para que, la restitución proceda basta solo con que se le presente ante el Notario el instrumento o Escritura Pública por la que pudo constituir el fideicomiso y con la prueba de que se ha cumplido la condición. Como prueba puede actuar el Certificado de Defunción, la constancia de la mayoría de edad, el Certificado de Matrimonio expedido por la correspondiente oficina de Registro, etc.; esto puede variar dependiendo de la condición impuesta.

Beneficios de la aplicación de la figura jurídica de la fiducia civil en la protección del patrimonio

Sin lugar a dudas la Fiducia civil es una figura jurídica que como norma se ajusta a las pretensiones garantistas de un Estado Social de Derecho, por los beneficios que trae para quienes hacen uso de la misma.

Entre los beneficios que ésta trae se tiene:

- El fideicomiso civil tiene varios beneficios entre los cuales cabe mencionar que los bienes y rentas afectados por un fideicomiso civil son inembargables por expresas disposiciones del artículo 1677, numerales 8 y 9 del Código Civil y 684, numerales 13 y 14 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien; esta figura no impide que al deudor en mora se le inicien procesos ejecutivos con medidas previas de embargo, pero sus efectos sobre los bienes o rentas incluidos en el patrimonio autónomo serian nulos por el carácter inembargable de los bienes o rentas afectados en el fideicomiso.

- Así mismo, La propiedad fiduciaria elimina los procesos sucesorales cuando se utiliza como condición el fallecimiento de quien la constituye. En el momento en que fallece la persona, la propiedad de sus bienes pasa a los beneficiarios en la proporción que se establezca en el documento constitutivo de la propiedad fiduciaria, sin necesidad de que se adelante un juicio sucesoral. De esta manera se economiza tiempo y dinero. La traslación del dominio de los bienes se hace de inmediato, con la presentación ante notario del documento mediante el cual se constituyó la propiedad fiduciaria acompañado del certificado de defunción. Esta simplificación en los trámites ofrece unas ventajas obvias.

- Otra ventaja evidente de esta figura es que puede cancelarse o modificarse en el momento en que lo determine la persona que la constituyó, cosa contraria a lo que sucede con actos tales como las ventas simuladas, en las cuales el vendedor pierde todo control y dominio sobre el bien que transfiere y se sujeta a la posibilidad de verse

obligado a iniciar un proceso largo y tedioso con el fin de recuperar el bien vendido ficticiamente.

- Puede asegurar en forma efectiva y confiable la transmisión de una herencia o patrimonio. Puede constituir mediante esta figura jurídica uno o varios bienes sean estos muebles o inmuebles.

- Posibilita el ahorro de gastos judiciales o notariales y de honorarios profesionales en litigios tales como sucesiones contenciosas.

- Permite hacer ahorros tributarios importantes.

- Garantiza ahorrar tiempo desde lo personal y lo familiar, o de las personas beneficiarias

- Contribuye de manera significativa en la generación de conflictos familiares por aspectos patrimoniales

- Hace viable hacer legados a personas que usted designe que o necesariamente estén en el orden sucesoral colombiano, sin la incertidumbre de que les sean anulados sus derechos

- No requiere de la constitución de sociedades.

- No tiene restricciones para los bienes hipotecados o prendados sin que los beneficiarios de esos gravámenes pierdan sus privilegios legales. Aquí opera para los remanentes que se van liberando.

- Las personas fideicomisarias o beneficiarias de los fideicomisos civiles no tienen que estar informadas, mientras el constituyente este vivo, de que son las herederas de

esos bienes. Estas personas no tienen que firmar ningún documento para la validez de este acto jurídico.

9. CONCLUSIONES/ RECOMENDACIONES/ OBSERVACIONES

Como reflexiones de cierre al trabajo investigativo se tiene:

El Fideicomiso civil a pesar de ser una figura regulada en el Código Civil, en la actualidad es catalogado como un tema novedoso e innovador, y de gran recurrencia por los particulares, entre otros. Dado lo anterior debe ser motivo de estudio, análisis y discusión académica – jurídica, que permitan un mayor conocimiento y desarrollo del tema.

Una de las garantías que tiene la fiducia civil, es que a través de un contrato, se le apuesta a la transparencia y credibilidad en la administración de los recursos, ya que al tener constituido por patrimonio separado crea un blindaje para el patrimonio fideicomitado con el objetivo de no generar riesgos.

Otro aspecto de resaltar de la fiducia civil es que por ser una figura jurídica maleable, puede modificarse en cualquier momento e incluso darse por terminado, siempre y cuando lo determine la persona que lo constituyó sin perder ningún derecho.

Sin importar que se constituya el fideicomiso civil por acto testamentario – mortis causa, en el cual deberán observarse las disposiciones sucesorales que rigen la materia, y que son de orden público, o la constitución del fideicomiso civil como acto entre vivos otorgado en instrumento público, la finalidad de ambos actos, en ningún momento deberá ser la realización de actividades en fraude a la ley o sus acreedores, por el contrario deberá buscarse proteger la buena fe en las relaciones civiles y patrimoniales y sancionar las conductas que le sean contrarias.

Es fundamental darle continuidad a procesos de investigación relacionados con la propiedad fiduciaria o fideicomiso civil, regulada por el Código Civil y que constituye una de las varias manifestaciones de las instituciones fiduciarias, en cuanto a su práctica y aplicabilidad, dada la falta de tratamiento que del mismo han dado de

manera general, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, a un contrato cuyas ventajas se dan para aquel que pretende la continuación y protección de su patrimonio.

Se requiere de garantizar a los estudiantes en formación de los programas de Derecho, el reconocimiento y apropiación normativa de la figura jurídica de la Fiducia Civil, así como los aspectos procedimentales para su aplicación. De igual manera, se debe adelantar procesos de actualización jurídica en este campo específico, para los abogados y notarios, de tal manera que se tenga mayor aplicabilidad de dicha herramienta y no dejarla como letra muerta.

10. REFERENTE BIBLIOGRÁFICO

Acosta Romero, M; Almazán Alaniz, PR. 1999. *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*. México. Editorial Porrúa. Tercera Edición.

Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latino América. Recuperado de: http://www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120202926PM.pdf. Consultado en octubre de 2015.

Baudry – acantinerie. Précis, etc., t. 2º., núms. 671, 672m, 675, 691 y 694.

Bonivento Fernández, JA. 2005. *Los Principales Contratos Civiles y Comerciales*. Tomo II. Séptima Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá Colombia.

Código Civil. 2014. Bogotá. D.C. Legis. ISBN: 978-8757-69-8

De la fiducia civil frente al derecho de preferencia en la negociación de acciones. Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-194200 del 21 de Diciembre de 2009.

DIAN. 2005. *Concepto 9255 febrero 14 de 2002*. Recuperado de: https://www.redjurista.com/documents/ctot_dian_0009255_2002.aspx. Consultado en: Octubre de 2015.

Embargos de Objetos que se posean fiduciariamente. Superintendencia de Notariado y Registro. Oficina asesora jurídica. Consulta Nro. 3139 de 2014. Bogotá D.C.

Goldchsmidt, R. *Fideicomiso Comparado*.

González Cuervo, M. (M.P). 2014. *Sentencia C-683 del 10 de septiembre de 2014*. Corte Constitucional. Bogotá D.C.

González Torre, R. 2008. *Aspectos Jurídicos de Fideicomiso en Latinoamérica*. Venezuela. Recuperado de: http://www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120202926PM.pdf. Consultado en: Octubre de 2015.

Lisoprawski, S; Kiper, C. 1995. *Fideicomiso, dominio fiduciario. Securitización*. Buenos Aires. De palma.

- Ministerio de Justicia y del Derecho. Superintendencia de Notariado y Registro. Recuperado de: www.supernotariado.gov.co. Consulta ante la oficina asesora jurídica.
- Ochoa Carvajal, RH. 2014. *Bienes*. Bogotá. Editorial Temis S.A
- Pérez Pinzón, AO. (M.P). 2006. *Sentencia de tutela 25.430 del 09 de Mayo de 2006*. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Bogotá D.C.
- Picard, Maurice. *Les Biens*. En el *Traité Practique de Droit Civil Francais*. Tomo III. Ed. LGDJ.
- Rengifo, R. 2001. *La Fiducia. Legislación Nacional y Derecho Comparado*. Fondo Editorial Universidad EAFIT. Segunda Edición. Medellín.
- Resolución Nro. 13062 del 21 de Noviembre de 2014. Por la cual se resuelve un recurso de apelación (Expediente DR. 122-2014). Superintendencia de Notariado y Registro. Bogotá D.C.
- Restitución de Fideicomiso. Superintendencia de Notariado y Registro. Oficina asesora jurídica. Consulta Nro. 2842 de 2013. Bogotá D.C.
- Rodríguez Azuero, S. 2005. *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. Bogotá. Legis Editores S.A. Primera Edición.
- Rosenfeld, C. 1998. *Antecedentes históricos del fideicomiso*. En: *Revista Verba Iustitiae*. Facultad de derecho de Morón Nro. 7. Id Infojus: DACF000121. Argentina.
- Sustitución Fideicomisaria. Recuperado de: <http://dogsaga.blogspot.com/2011/06/la-sustitucion-fideicomisaria-y-su.html>. Consultado en octubre de 2015.
- Tafur González, A. 2011. *Código Civil Colombiano Comentado*. Bogotá. Editorial Leyer.
- Trejos Bueno, SF. 2005. *Sentencia del 3 de agosto de 2005*. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá D.C
- Velez, F. *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*. Segunda Edición. Tomo IV. Imprenta Paris-América.
- Villca Pozo, M. 2012. *Aspectos Jurídico - Tributarios del Fideicomiso. Especial atención a los países de la comunidad Andina*. Tesis Doctoral. Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero. Universidad Rovira I Virgili. Tarragona.

Yáñez Ibarra, CR. 2013. *Tratamiento Jurídico sobre la aplicación del fideicomiso en la Legislación Civil Ecuatoriana*. Universidad Central del Ecuador. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho. Quito – Ecuador.