



UNIÓN COLEGIADA DEL NOTARIADO COLOMBIANO UCNC

MEMORANDO No.3311

Bogotá D.C., 11 de agosto de 2022

Tema : Memorias del panel sobre Fideicomiso Civil en Colombia, realizado el 21 de febrero de 2018 por nuestra Seccional UNOBOG.

De : Presidencia UCNC.

Para : Notarios del País.

Respetados Señores Notarios:

La Dirección Jurídica de la UCNC ha recuperado las memorias del panel sobre Fideicomiso Civil en Colombia, el cual fue realizado el día 21 de febrero de 2018 por nuestra Seccional UNOBOG. El mismo contó con la participación del Doctor Juan Carlos Vargas, Notario 42 de Bogotá y el suscrito.

Este documento se envía a todos los Notarios del país con el ánimo de que se revisen las posturas allí expuestas y se tenga uniformidad de criterio frente al tema.

Cordialmente,

EUGENIO GIL GIL
Presidente
(Original Firmado)

Anexo: Lo anunciado.

Elaboró: EAQ.
Revisó: MNG

EL FIDEICOMISO CIVIL EN COLOMBIA

(Panel celebrado por la Seccional Bogotá – Unobog-, de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, el 21 de febrero de 2018)¹

1. Naturaleza jurídica.

El Fideicomiso Civil es un negocio jurídico **de confianza**, de naturaleza **civil**, autónomo, solemne y condicionado. El Código Civil (793 y 794) le atribuye la categoría de “gravamen”, en tanto limita bajo condición resolutoria el tiempo de la propiedad que surge una vez constituido (*propiedad fiduciaria*). Es muy diferente de la fiducia mercantil, regulada en el Código de Comercio colombiano.

El Fideicomiso “Propio” (el Dr. Juan Carlos Vargas no está de acuerdo con esta denominación y simplemente y sugiere no darle apellido), es un **contrato bilateral**. En el fondo es un ruego que hace una persona: el(la) Fideicomitente, a otra: el(la) Fiduciaria, en quien el(la) rogante deposita su confianza, para que después este nuevo titular del patrimonio puesto bajo su dominio condicionado, transfiera esa propiedad a otro(s) que al final serán Beneficiarios (as) o receptores del bien o conjunto de bienes fideicomitido(s). Cabe aclarar que también puede constituirse mediante “**acto testamentario**”, caso en el cual, por ser el testamento un acto unilateral, no participa nadie más, pero se trata de un Fideicomiso que nacerá cuando se defiera la herencia.

Tiene el Fideicomiso, en principio y solo para efectos de mencionarse en el acto constitutivo, tres (3) sujetos, aun cuando los protagonistas iniciales, es decir los comparecientes en la constitución, sean únicamente dos (2): **Fideicomitente**, quien es titular inicial del dominio sobre los bienes, y **Fiduciario(a)**, la persona que asume la titularidad de la propiedad condicionada (gravada) y quedará obligada a cumplir la misión encomendada. O sea, siendo imprescindible designar al(los) Fideicomisario(s), estos no comparecen ante el Notario, pues es un acto solemne, como ya se anotó, y sí debe mencionarse en el texto de la Escritura a quién(es) deberá el Fiduciario “pasar” su propiedad una vez se cumpla la condición pactada.

2. “Gravamen”.

El Fideicomiso por regla general no es un gravamen en sentido estricto del término, como las fianzas, por ejemplo, en las que no existe traslación del dominio al hipotecante o acreedor prendario, o el usufructo, uso o habitación, sino una **propiedad especial**, en tanto está sometida a una carga denominada **restitución** (C.C. 810). No obstante, se ha aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, el Fideicomiso-gravamen, en el que no simplemente se hace la limitación condicional sin que haya transferencia del dominio, quedando el constituyente como Fideicomitente y Fiduciario. El Dr. Gil no considera procedente ni conveniente esta figura que llama “*de yo con yo*”, o fideicomiso

¹ Panelistas: Doctores Eugenio Gil (N. 52) y Juan Carlos Vargas Jaramillo (N. 42). Documento preparado por el Dr. Gil y aprobado por el Dr. Vargas.

“impropio”, porque desnaturaliza la institución, toda vez que es absurdo que alguien, siendo propietario pleno se autoimponga limitantes a su derecho. Agrega que esto se hace, generalmente, con un propósito insano de eludir acreedores o disminuir la prenda

general del deudor, aunque ya la Corte Suprema advirtió que en tales casos la inembargabilidad del C.C. art. 1677 no opera. De hecho, insiste, en que obedece a una interpretación errada del artículo 807 del Código que solo aplica en el fideicomiso testamentario.

En consecuencia, el derecho de dominio del **Fiduciario** pende de una condición resolutoria. Pero goza, como todo propietario, del derecho a ejecutar actos dispositivos, así como gravarlos, y en caso de que fallezca antes de cumplirse la condición restitutoria o sea ésta su deceso, el fideicomiso se transmite a sus herederos.

Igualmente, como propietario que es del patrimonio fideicomitado, los administra libremente, pero queda sujeto a las reglas de los artículos 808 y ss del C.C. De allí que se cuestiona que teniendo plenos derechos de uso, goce y disfrute, se “fideicomita” un bien para someterse a reglas que incluyen medidas de conservación exigidas por los beneficiarios que sólo son titulares de una mera expectativa (C.C., 820).

3. Eventualidad de los beneficiarios.

Los beneficiarios, hasta cuando se cumpla el hecho de la condición restitutoria, tienen una mera expectativa. Su futuro y posible derecho, entonces, está sometido a una condición suspensiva. Nada adquieren hasta que no se dé el hecho “de pasar” la propiedad fiduciaria. Pero el Código acepta que con los fideicomisarios designados también puedan no existir al momento de la constitución del fideicomiso (798), esperándose que existan el día de la restitución: condición de existencia (799). La Corte habla en estos casos de *“fideicomiso compuesto”*, o sea, hay fideicomisarios determinados que concurren con eventuales beneficiarios (C. S. de J., casación del 24 de junio de 1953 y 18 de septiembre de 1968).

Si el fideicomisario fallece antes de cumplirse la condición, por este hecho NO transmite ningún derecho a sus herederos, ni si hubiera hecho testamento. Quienes se beneficia en esa eventualidad es quien haya sido designado fideicomisario sustituto (821).

4. Traslación de la propiedad.

El Fideicomiso **“propio”** (Gil Gil) siempre conlleva la transferencia de la propiedad del **fideicomitente** al **fiduciario**. Si el Constituyente es el mismo **fiduciario** (como en el Fideicomiso gravamen o “Impropio”), se autorizará por el Notario bajo la advertencia de que la propiedad muta inmediatamente, de manera que hasta ese momento es absoluta y pasa a ser una propiedad condicionada, bajo la titularidad del Fiduciario, quien queda sometido a la carga o gravamen de pasarla a otra persona (**fideicomisario** o beneficiario) cuando se cumpla la condición.

Aquí es donde se presentan los problemas, porque en la mayoría de los casos el hecho pactado como condición restitutoria es la muerte del fideicomitente. Pero, al morir una persona la ley establece una ficción y es que inmediatamente ocurre el deceso se presenta el fenómeno de la delación de la herencia. ¿Qué ocurre con los legitimarios? ¿Adquieren título de herederos? ¿Y los beneficiarios que no son titulares de legítimas forzosas? ¿Qué se hace primero: la restitución a los fideicomisarios? ¿Se procede con la liquidación? No hubo acuerdo al respecto.

5. La condición restitutoria.

Es elemento de la esencia del negocio. Si no se estipula, o la señalada es imposible, no existe el Fideicomiso (C.C. 799-801). Quiere decir que el propietario fiduciario se convierte en propietario pleno, por simple lógica. ¿Y los beneficiarios designados? ¿Tendrían que demandar algún vicio del Fideicomiso para lograr que el patrimonio del constituyente se restablezca? Son preguntas.

6. La muerte no es una condición.

En el 99% de los casos los Fideicomisos tienen como condición resolutoria para la restitución de la propiedad fiduciaria, la muerte del fideicomitente. Como la condición es un hecho futuro e incierto, es obvio que la muerte no se tiene como tal, sino como un plazo que tarde o temprano se tiene que cumplir, hasta cuando nos volvamos inmortales.

Los panelistas no aconsejan pactarla porque se generan problemas graves, como ya se anotó antes. Pero, el Dr. Gil Gil sostiene que, si el fideicomiso es propio, o sea, se hace la transferencia de dominio al Fiduciario como dice la ley, el día de la muerte, por no saberse cuándo ocurrirá podría aceptarse como un plazo indeterminado (C.C., 1139). Y ambos panelistas aceptan que ello es probable también en el fideicomiso-gravamen, en gracia de discusión, porque el segundo inciso del artículo 810 sí acepta "*la muerte del fiduciario*" como día fijado para la restitución. Y si el fideicomitente es, a la vez, fiduciario, vale pactar la muerte como un hecho excepcionalmente aceptado por el legislador. En este específico caso, si el **Fiduciario** enajena a un Tercero el Fideicomiso, el día en que aquel muera se hará la restitución (C.C., 810).

7. La revocatoria.

No es elemento esencial, ni de la naturaleza del negocio jurídico de Fideicomiso. Tampoco se encuentra prohibida. Por tratarse de un componente accidental del acto jurídico, debe ser pactado de manera expresa, de lo contrario sólo el **Fiduciario**, como titular del dominio sobre el patrimonio fideicomitado con potestades de señor y dueño, puede disponer plenamente de los bienes comprendidos en el fideicomiso.

En todo caso, si la propiedad del **Fideicomitente** estaba sometida a una condición resolutoria (como en el pacto de *retrovendendo*), en caso de que haga cumplir la retroventa contra el propietario fiduciario, se extingue el fideicomiso por “*la resolución del derecho de su autor*” (C.C. 822-2).

8. Condición fallida.

Si falla la condición, o si no existiere el **fideicomisario**, ni sustitutos de estos, el día en que se cumple la condición, se consolida la propiedad del **Fiduciario** (C.C. 799, 821, 8224/5). La que era una propiedad fiduciaria, sometida a Condición Resolutoria, pasa a ser desde ese momento, entonces, propiedad **absoluta**. Es decir, el hasta entonces Fiduciario, cesa en su calidad y se convierte en titular del derecho de dominio del fideicomiso, de manera que para que se cancele la inscripción deba acudir a una Notaría, como se procede a cancelar un gravamen.

Igual efecto produce en el evento de que la condición “tarde más de treinta años en cumplirse” (C.C., 800).

9. Solemnidad.

El Fideicomiso es, siempre, **solemne**, sin que importe el tipo de bienes fideicomitados. Debe constituirse por escritura pública e inscribirse en el correspondiente registro, inmobiliario y/o Cámara de Comercio (C.C. 796). Si se incumple una de ellas el negocio es Inexistente.

10. Calidad efímera del fideicomitente

La participación del constituyente en el fideicomiso sólo va hasta la traslación de la propiedad del bien o del conjunto de bienes fideicomitados. Similar a la del Donante en el contrato correspondiente. No obstante, en caso de pactar la revocatoria, actuará en el momento en que ejecute su derecho a revocar. Si únicamente constituye gravamen, su actuación será la de titular de la propiedad fiduciaria, pues así se denomina el derecho de dominio sometido a fideicomiso.

11. Gratuidad u onerosidad.

El Fideicomiso, *per se*, no es negocio gratuito ni oneroso. Pero, según los términos pactados puede ser lo uno o lo otro. Por ejemplo, si se impone al Fiduciario que pague una determinada renta a favor del constituyente o de otra persona sería oneroso.

La Corte Suprema, Sala de Casación Civil, señaló en sentencia del 17 de agosto de 1944: “*Desde que el fideicomiso dejó de ser considerado como una institución esencialmente testamentaria, se concluyó por varios expositores que no pugnaba contra su esencia que pudiera constituirse a título oneroso*”.

12. Tarifa notarial del Fideicomiso.

Si bien el Fideicomiso puede ser a título Gratuito, que lo es por regla general, por tal hecho **NO** tiene la categoría de “Acto sin Cuantía” para efectos de liquidación de derechos notariales e impuestos. Como tampoco lo es la Donación, el Comodato y otros. Por tanto, para efectos Tarifarios, la Escritura debe liquidarse sobre el valor del Patrimonio Fideicomitado, es decir la sumatoria de todos los bienes que integran el Fideicomiso, incluidos también los muebles.

Cabe recordarlo: La actividad del notario es esencialmente remunerada. Es decir, la regla general es que todos los actos notariales causan emolumentos a favor del Notario (derechos notariales), porque con ellos sostiene el servicio público a su cargo. Por excepción, hay actos que el Legislador ha denominado “**exentos**”, en los que la actuación del Notario no genera pago de sus derechos notariales, conforme al arancel (no se comprende en este concepto, las tarifas por copias, firmas digitales, transferencias cibernéticas, entre otras actuaciones). Igualmente, por disposición de leyes específicas, existen “**tarifas reducidas**”, como las de las viviendas “Vis” y “Vip”. Y, por último, existe una clase denominada “**actos sin cuantía**”, taxativamente enlistados en el Decreto de tarifas notariales. Estas tres (3) categorías son excepciones a la regla general (remuneración del servicio de notariado), y, por lo mismo, no admiten interpretación extensiva, ni analógica.

Se concluye que el fideicomiso es un acto con cuantía, y ella se establece con base en el valor real del patrimonio fideicomitado, todo. Para ello se tendrán en cuenta, como mínimos, los avalúos oficiales: prediales, bolsa de valores, Runt, etc.

13. Inembargabilidad.

El Fideicomiso, en el que hay transferencia de bienes al Fiduciario, (“propio” para el Dr. Gil) y no es revocable por voluntad del constituyente, los bienes que están en poder del Fiduciario (distinto del fideicomitente) es **Inembargable**. No es posible embargarlo a pesar de ser el fiduciario titular del dominio, por contener todos los elementos esenciales del negocio, según las voces de la I. A. 06 de 2017, en concordancia con la posición de la Corte Suprema de Justicia del 9-05-2006. Así pues, la propiedad fiduciaria continúa siendo inembargable según el num. 8 del artículo 1677 del C. C., aún vigente, y sin que se tenga esta como norma derogada por el Código General del Proceso.

En cambio, no es pacífica la doctrina sobre la **inembargabilidad** en el caso del *fideicomiso gravamen* (Dr. Vargas) o *impropio* (Dr. Gil), esto es, aquel en el cual el Fideicomitente, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, decide afectar a un fin específico su derecho de propiedad absoluta sobre sus bienes o parte de ellos, **pasando a ser propietario fiduciario de los mismos**. En este caso, como quiera que de manera expresa él dispone que, una vez cumplida la condición, su derecho de Propietario Fiduciario se resolverá para que el dominio absoluto se

consolide en cabeza del (de los) **fideicomisario(s) y no en la del Fideicomitente**, entonces ha de predicarse la inembargabilidad de los bienes fideicomitidos, con base en el artículo 1677 num. 8, C.C. La otra postura se funda, principalmente, en que al no haber traslación de la propiedad a esa “otra persona” (Fiduciario), sigue siendo aquél quien continúa ejerciendo señorío sobre el fideicomiso y, por no estar completos los elementos de la esencia del negocio jurídico, el mismo está afectado gravemente por inexistencia. En todo caso, se insiste por los defensores de la inembargabilidad, que los acreedores, si el Fideicomiso se constituyó para disminuir la Prenda General del Deudor fideicomitente, pueden ejercer las acciones revocatorias (como la Pauliana), o simulatorias, o de nulidad, según el caso, para restablecer el patrimonio del deudor.

14. Otras notas.

- 1.-** Se puede constituir fideicomiso sobre un bien y al tiempo darlo en usufructo a otra persona (C.C. 797). Así, el propietario Fiduciario tendría el papel parecido al nudo propietario. El usufructuario puede ser el constituyente del fideicomiso, en tanto no está prohibido por la ley.
- 2.-** El fideicomiso es renunciable por el fideicomisario (822).
- 3.-** El Fideicomisario puede ser a la vez fiduciario, pero si en ambas calidades llegare a suceder que no las comparte con ningún otro fiduciario o fideicomisario, se extingue el fideicomiso por confusión.

Constancia: Los notarios presentes, después de escuchar y deliberar al respecto, acuerdan que se elabore el documento y se comparta y piden a todos los Colegas de Bogotá acogerse a las posturas expuestas por los panelistas, para que existe uniformidad de criterios en todas las notarías. Se propone hacer capacitaciones futuras, dado que quedaron muchos temas pendientes.

EUGENIO GIL GIL
Notario 52 de Bogotá

JUAN CARLOS VARGAS JARAMILLO
Notario 42 de Bogotá