

**PARALELO ENTRE EL FIDEICOMISO CIVIL Y LA FIDUCIA  
MERCANTIL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO:**

**¿Cuándo es posible predicar la inembargabilidad de la propiedad  
fiduciaria?**

María Adelaida Panesso Uribe

Universidad Pontificia Bolivariana

NOTA DEL AUTOR

Estudiante de Derecho. Artículo desarrollado como Trabajo de Grado en el marco de la Práctica Corporativa Asesor: Dr. Carlos Andrés Gómez

Más información sobre este artículo la puede solicitar en:

[mpanessouribe@gmail.com](mailto:mpanessouribe@gmail.com)

## **RESUMEN**

El Fideicomiso Civil y el Contrato de Fiducia Mercantil son negocios jurídicos cuya estructura se ha adaptado a las dinámicas contractuales actuales, al punto de quedar incluso, con regulaciones especiales y diversas bajo el régimen civil y comercial, sin representar esto obstáculo alguno para que las figuras adquirieran la fuerza y relevancia actual, sino por el contrario ha permitido que continúen generando la confianza, las garantías jurídicas y contables y el vehículo idóneo para el desarrollo de casi cualquier negocio. Si bien ambos actos jurídicos permiten la constitución de la denominada Propiedad Fiduciaria, estos suelen celebrarse con finalidades diversas y cuentan con diferencias en su formación y estructura con consecuencias jurídicas trascendentales al momento de predicar el beneficio de la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria.

### **PALABRAS CLAVES:**

Fideicomiso Civil, Fiducia Mercantil, Propiedad Fiduciaria, Bienes Fideicomitados, Inembargabilidad, Patrimonio Autónomo.

## INTRODUCCIÓN

Aunque hablar del Contrato de Fiducia Mercantil y de Fideicomiso Civil, no es hablar precisamente de instituciones jurídicas nuevas, su utilidad actual las hace figuras plenamente vigentes dentro del ordenamiento jurídico colombiano, no sólo legislativa y jurisprudencialmente, sino especialmente desde la dinámica contractual y la demanda de los comerciantes en general por su versatilidad como negocio jurídico lo suficientemente flexible para el cumplimiento de diversas finalidades.

Por su parte el Fideicomiso Civil con una legislación de 1887 e incluso con menor desarrollo doctrinal y jurisprudencial, sigue en constante aplicación y utilización en la mayoría de los casos por personas naturales, casi siempre con una de dos finalidades, ya sea evitar un proceso sucesoral o proteger su patrimonio a partir del beneficio de la garantía legal de la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria.

Sin embargo, con la reciente expedición del nuevo Código General del Proceso (Ley 1564/2012) desapareció de la lista taxativa de bienes inembargables que consagraba el legislador en el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400/1970) la propiedad fiduciaria, poniendo en duda si con ello desapareció el beneficio de la inembargabilidad que de él se predicaba, situación de inseguridad jurídica que incluso antes de la entrada en vigencia de la ley 1564 del 2012 ya existía, puesto que jurisprudencialmente ya se

cuestionaba dicha prerrogativa mediante Sentencia de Tutela 25. 430 del 09 de mayo de 2006 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte El Contrato de Fiducia Mercantil también deriva de su celebración la configuración de una propiedad fiduciaria de la cual también se predica el beneficio de la inembargabilidad, la cual no ha sido discutida incluso con los cambios legislativos, toda vez que la diferencia en la estructura del negocio fiduciario respecto del Fideicomiso Civil permite incluso en vigencia del Código General del Proceso, seguir defendiendo la inembargabilidad relativa, esto es, en ciertos casos.

Resulta por todo ello útil describir los elementos de la esencia y las características que identifican en particular a cada una de las figuras a desarrollar, esto es, el Fideicomiso Civil y del Contrato de Fiducia Mercantil, particularmente de los actos celebrados por personas naturales y la Fiducia Mercantil de Administración Inmobiliaria respectivamente, que son en la actualidad, las de mayor demanda por su flexibilidad como vehículo para el desarrollo de distintas finalidades que exige el mercado.

Con tan solo esas dos muestras comparativas será posible evidenciar que las diferencias en los elementos de la esencia, especialmente en cuanto al elemento subjetivo, tiene gran repercusión en los efectos no solo jurídicos, sino también pragmáticos de ambos actos jurídicos y que será lo que de manera contundente a la luz del nuevo Código General del Proceso y

de la Teoría General de las Obligaciones, permitirán en unos casos blindar la propiedad fiduciaria de medidas cautelares como el embargo y en otros casos la hará parte de la prenda general de los acreedores.

## La Propiedad Fiduciaria

### El Fideicomiso Civil

El Fideicomiso Civil según autores como Eugene Petit y Ernesto Rengifo García encuentra sus orígenes desde el Derecho Clásico Romano y en la figura del *Trust* en del Derecho Anglosajón, su consagración y utilidad se ha perpetuado a lo largo del tiempo hasta su vigencia en el Código Civil colombiano desde 1887.

Si bien el Fideicomiso Civil como acto jurídico carece de una definición legal en nuestro régimen civil, del artículo 793 del referido estatuto normativo que consagra la propiedad fiduciaria como una limitación a la propiedad en concordancia con el artículo 794 C.C. que define la propiedad fiduciaria como aquella “*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*”, permiten definir el mencionado acto jurídico en el siguiente sentido:

*El Fideicomiso Civil es un acto jurídico celebrado por el Fideicomitente o Constituyente quien dispone que uno o varios bienes de su propiedad, total o parcialmente, estén sujetas de pasar a la persona del Fideicomisario o Beneficiario cumplida determinada*

*condición, pudiéndose reservar el Constituyente la propiedad fiduciaria o pudiendo trasladarla al Fiduciario quien la ostentará transitoriamente hasta tanto la condición se encuentre cumplida o fallida.*

De dicha definición es posible afirmar en primer lugar, que al hablar de Fideicomiso Civil se hace referencia a un acto jurídico en sentido amplio, más no necesariamente a un contrato entendido como un acuerdo de voluntades, pues como se indicó en posible su constitución con la sola manifestación de la voluntad del Fideicomitente o Constituyente, quien en ejercicio de la facultad de uso, goce y disposición sobre los bienes de su propiedad, los grava a favor de una tercera persona llamada Beneficiario o Fideicomisario, quien no debe comparecer al momento de la formación de la propiedad fiduciario, sino de manera posterior para su rechazo o respectiva restitución, siendo en esta hipótesis un acto jurídico unilateral.

Esta posición la corrobora sin lugar a dudas el artículo 807 del código civil al sostener que cuando “en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquier causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos”, lo que permite concluir en definitiva que para la constitución del fideicomiso civil, en cuanto a los sujetos, basta con la manifestación de

la voluntad del fideicomitente, configurando sin duda un acto o negocio jurídico en sentido estricto más no un contrato en ese caso.

Sin embargo, nada impide que el Fideicomiso Civil revista la calidad de contrato en sentido estricto, es decir, como acuerdo de voluntades, pues su estructura permite que el Fideicomitente o Constituyente no se reserve para sí la administración de los bienes fideicomitidos, en cuyo caso transfiere la propiedad fiduciaria a un tercero Fiduciario quien la ostentará transitoriamente hasta que se verifique el cumplimiento de la condición y restituya los bienes fideicomitidos al Beneficiario o Fideicomisario o que fallando la condición restituya los bienes al Constituyente.

En esta hipótesis es necesario que en el momento de la formación o celebración del Fideicomiso Civil comparezca además del Fideicomitente, la persona del Fiduciario para que manifieste su voluntad en el sentido de aceptar la administración de la propiedad fiduciaria hasta deba restituirla al Beneficiario o Constituyente según sea el caso. Sin duda en estos casos, el Fideicomiso Civil será un verdadero contrato.

Sin embargo, contrario a la posición planteada según la cual El Fideicomiso Civil admite una formación unilateral o bilateral, autores como Luis Guillermo Velásquez Jaramillo sostienen que es propio de las características del fideicomiso civil:



(La) existencia de tres sujetos: el fideicomitente o constituyente, que dispone por testamento de un bien de su patrimonio a favor del propietario fiduciario, con cargo de transferirle a un tercero. El propietario o fiduciario, que recibe el dominio bajo condición. El fideicomisario, a quien debe transferírsele el dominio una vez cumplida la condición. (Velásquez, 2010, p. 255)

Otros autores en la misma línea sostienen que necesariamente, tanto en el Contrato de Fiducia Mercantil, como en la constitución del Fideicomiso Civil, hay una estructura tripartita en la que deben comparecer necesariamente Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario, puesto que todos aquellos doctrinantes dedicados al estudio paralelo de la fiducia mercantil hacen de una u otra forma alusión a la institución jurídica del fideicomiso civil. “Una prueba de ello es que al referirse el legislador a las causas de extinción de la fiducia mercantil (ART. 1240 C. Co) hace expresa referencia a las causas del fideicomiso civil” (Rengifo, 2012, p. 43) consagradas en el art. 822 del código civil colombiano, particularmente de la causal consagrada en el numeral seis, en el que se expresa que “el fideicomiso se extingue por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario” (Código Civil Colombiano, Ley 57 / 1887).

A pesar de ello, no hay disposición normativa vigente que impida sostener la tesis en la que a pesar de que la prohibición expresa del artículo 822 numeral 6 del código civil colombiano, según la cual el fiduciario y el

fideicomisario no podrán ser una misma persona, nada impide que el fideicomitente y fiduciario sean un mismo sujeto, especialmente cuando se trata de constitución de Fideicomisos Civiles entre vivos, encontrando una vez más un argumento que permite defender la existencia del Fideicomiso Civil como acto jurídico en sentido estricto, esto es, como un negocio jurídico de formación unilateral.

Si bien la figura del fideicomiso tuvo un uso o finalidad estrictamente limitado a asuntos sucesorales, en el que “el fideicomitente es el *de cuius*, quien suplica al fiduciario (el heredero, bien *ab intestato*, bien testamentario, o el legatario) entregue determinados bienes al fideicomisario (el beneficiario)” (Valencia, 2013, p. 627), como lo expresaba Gayo citado por Valencia (2013) desde la época del Derecho Clásico Romano, la institución del Fideicomiso “muy pronto alcanza inmensa difusión porque es más ágil y versátil que el legado: no está sujeto a formalidad alguna – cualquier problema se reduce, entonces, a una cuestión probatoria - y ensancha de manera insospechada el contenido del testamento”.

Sin embargo, para otros autores más contemporáneos hay aspectos particulares de la propiedad fiduciaria “que han hecho que esta institución, entendida como una limitación del derecho de propiedad, sea de poco uso y se utilice sólo para resolver situaciones relativamente pobres en relación con las actuales necesidades” (Rengifo, 2012, p. 43) entre varias razones,

por la necesidad del cumplimiento de una condición y las solemnidades a las que está sometida su constitución, como la prevista en el artículo 796 del Código Civil que exige que *“los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario. La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente registro.”*

Lo cierto del caso es que actualmente a la figura del Fideicomiso Civil desde una perspectiva estrictamente pragmática, acuden en su mayoría personas naturales con el fin de evitar procesos sucesorales o para gozar del beneficio de la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria en aras de proteger su patrimonio, con lo cual se ha permitido su constitución con una estructura tripartida o bipartita.

### **El Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable**

El Contrato de Fiducia Mercantil es un contrato típico dentro del Código de Comercio colombiano que en su artículo 1226 define la fiducia mercantil como un negocio jurídico bajo el siguiente tenor:

*La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para*

*cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios. (Código de Comercio, Decreto 410/1970)*

De ello que el contrato fiduciario pueda ser celebrado para la consecución de múltiples finalidades según los intereses del Fideicomitente o Constituyente, lo que hace que este tipo de contrato se caracterice por su flexibilidad, puesto que puede adoptar diversas modalidades que se determinan según la finalidad para la que sea celebrado, pudiendo ser un Contrato de Fiducia Mercantil de Garantía, de Administración Inmobiliaria, de Pagos, de Inversión, entre otros. Lo que si es claro es que sin importar la modalidad que acoja conserva los elementos esenciales del negocio fiduciario.

De la sola definición legal del Negocio Fiduciario Mercantil es posible afirmar, que distinto del Fideicomiso Civil, este sólo podrá existir como contrato en sentido estricto, esto es, como un acuerdo de voluntades celebrado entre el Fideicomitente o Constituyente que transfiere bienes de su propiedad y el Fiduciario, sujeto calificado debidamente autorizado por la Superintendencia Financiera de Colombia para actuar como tal en el mercado fiduciario.

Así, una vez verificado el cumplimiento de una finalidad o condición por el Fiduciario, este deberá transferir los bienes fideicomitidos al o los beneficiarios, cuya comparecencia no se hace indispensable al momento de la celebración del contrato, lo que implica que desde su formación el negocio fiduciario deberá ser a lo sumo de una estructura bipartita, pero jamás unilateral.

Lo anterior, por cuanto la Fiduciaria tiene un deber de diligencia, cuidado, previsión y profesionalismo en la administración de los recursos que le son transferidos que son los que otorgan a las partes contratantes la confianza que se pretende brindar mediante el contrato en la administración de los bienes destinados al cumplimiento de la finalidad prevista.

Otra de las diferencias importantes entre el Contrato de Fiducia Mercantil y el Fideicomiso Civil, radica en la consecuencia fundamental e inmediata de la celebración del negocio fiduciario, que no es otra que la formación de un Patrimonio Autónomo, también denominado Fideicomiso, cuyas características fueron han sido bien definidas por la Superintendencia Financiera:

Los patrimonios autónomos constituidos, conformados o nacidos a la vida jurídica como consecuencia de la celebración de contratos de fiducia mercantil se radican todos los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados del acto constitutivo y, en este orden de ideas, el fiduciario es una

administrador del patrimonio autónomo y cuando actúa lo hace como tal, independientemente de que se considere que actúa como representante o por cuenta del fideicomiso. (Superintendencia Financiera, 2006).

En ese sentido, el Fideicomitente en el Contrato de Fiducia Mercantil a diferencia del Constituyente en el Fideicomiso Civil no puede guardarse para sí la administración de la propiedad fiduciaria sino que transfiere su administración a la Fiduciaria y su propiedad al patrimonio autónomo que se deriva de la celebración del contrato, quedando estos de propiedad del patrimonio autónomo y el Fideicomitente tan solo con unos derechos fiduciarios sobre la universalidad jurídica que representa el Fideicomiso.

Otra de las características particulares de este contrato desde la perspectiva de la estructura del negocio fiduciario es la posibilidad de que Fideicomitente o Constituyente coincida con la persona del Beneficiario, es decir, el Constituyente podrá comparecer a celebrar un Contrato de Fiducia Mercantil con la Fiduciaria para que esta cumpla determinada finalidad y una vez culminada restituya sus recursos y rendimientos al mismo Fideicomitente, lo que permite concluir que el Contrato de Fiducia Mercantil si es un contrato en sentido estricto, pues para su existencia se requiere necesariamente del acuerdo de voluntades entre Constituyente y Fiduciaria, aunque durante su ejecución pueda adoptar una estructura tripartita por la vinculación de terceros beneficiarios distintos del Fideicomitente.

Así las cosas, una vez celebrado el Contrato de Fiducia Mercantil concurren en la misma relación jurídica el Fideicomitente, quien en su patrimonio propio ostenta la titularidad de los derechos fiduciarios sobre los recursos transferidos al patrimonio autónomo, La Fiduciaria única y exclusivamente en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo que se deriva de la celebración del contrato y eventualmente los beneficiarios quienes no tendrán más que unos derechos fiduciarios limitados a la restitución indicada por el constituyente.

### **La Inembargabilidad de la Propiedad Fiduciaria derivada del Fideicomiso Civil**

Como se indicó de manera previa, la constitución de un Fideicomiso Civil deriva en la formación de una Propiedad Fiduciaria que se compone por los bienes cuya propiedad fue limitada por la condición de ser transferida a la personas del Fideicomisario una vez esta se cumpla o de restituirlo al Fideicomitente una vez esta falle. Dichos bienes fideicomitados gozan de garantías que consagra el ordenamiento jurídico a su favor y que hacen de esta una figura bastante atractiva para el cumplimiento de diversas finalidades. Dicha garantía no es otra que la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria o de los bienes fideicomitados.

En ese sentido consagraba el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) en su artículo 684, que fue posteriormente modificado por el

artículo 1 numeral 342 del Decreto 2282 de 1989 bajo el siguiente tenor: “Además de los bienes inembargables de conformidad con las leyes especiales, no podrán embargarse: 13. Los objetos que posean fiduciariamente” (Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400 de 1970). Lo que permitía defender la garantía de la inembargabilidad de los bienes fideicomitidos.

Sin embargo, si se sigue defendiendo la tesis que permite constituir el fideicomiso civil con la sola manifestación de la voluntad del Fideicomitente, quien se reserva la propiedad fiduciaria hasta tanto se cumpla la condición para la transmisión de la propiedad al Fideicomisario, podrían atenuarse los efectos y la interpretación de dicha prerrogativa, puesto que de lo contrario, la sola constitución del fideicomiso Civil cuando no hay un tercero Fiduciario distinto del Constituyente, hace discutible la inembargabilidad de los bienes fideicomitidos “y la razón es obvia: se trata de evitar que, mediante fiducia, se pueda eludir el pago de las obligaciones a cargo del fiduciante.” (Bonivento, 2009, p. 295)

En ese mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia. Particularmente, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal al respecto ha sostenido que:

Aunque en principio el bien objeto de fideicomiso podría reputarse inembargable, en realidad no lo es porque según los términos de la escritura pública, no están involucradas tres



personas, como es lo habitual, sino dos: un constituyente o un fideicomitente, que se confunde con el fiduciario (propietario) y el fideicomisario (...) 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. (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Colombia. Sentencia de Tutela 25. 430, 09 de mayo de 2006.)

La discusión no termina allí, de hecho se hace más latente con la reciente entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012 por la cual se expide el

nuevo Código General del Proceso, normatividad que derogó el Decreto 1400 de 1970 que consagraba en los términos que ya se indicó la inembargabilidad expresa de la propiedad fiduciaria. En el paralelo que ofrece el autor Ramiro Bejarano Guzmán (2012), es evidente que la nuevas normas procesales, en su artículo 594 relativo a los bienes inembargables omite y guarda absoluto silencio en relación a la inembargabilidad de los bienes que se tienen fiduciariamente.

Para hacer un análisis acucioso del asunto, es necesario estudiar detenidamente varios aspectos. El primero de ellos hace referencia al carácter taxativo de los bienes que consagraba el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil ahora artículo 594 del Código General del Proceso, taxatividad que se deriva del encabezado de ambos artículos que rezan respectivamente así *“Además de los bienes inembargables de conformidad con las leyes especiales, no podrán embargarse”* y *“Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en las leyes especiales, no se podrán embargar”*.

Pero a pesar de todo lo anterior, debe serse cuidadoso de no afirmar de manera apresurada y absoluta que la garantía de la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria ha desaparecido del ordenamiento jurídico colombiano. Es necesario hacer un análisis más profundo, no muy distante de lo que de manera previa a la entrada en vigencia del nuevo Código General del Proceso ya enunciaba la Corte Suprema de Justicia a la luz de la Teoría General de las Obligaciones.

Es aquí donde cobra especial importancia reconocer la posibilidad de que la figura del Fideicomiso Civil pueda revestir la condición de acto jurídico, cuando única y exclusivamente el Constituyente es quien manifiesta su voluntad y se reserva para sí la administración de la propiedad fiduciaria hasta tanto se cumpla la condición para su restitución al Beneficiario o, que pueda adoptar la calidad de contrato en sentido estricto, entendido como un acuerdo de voluntades entre Constituyente y Fiduciario a quien le será transmitida la propiedad fiduciaria para que la administre hasta tanto falle o se cumpla la condición para la restitución de los bienes fideicomitidos.

En primer lugar, el Fideicomiso Civil como acto jurídico implica que si bien el Fideicomitente limita el derecho de propiedad sobre uno o varios bienes que conforman su patrimonio, este no hace una verdadera transferencia a un tercero que haga las veces de Fiduciario, esto es, los bienes aunque sometidos a una condición continúan conformando el patrimonio personal del Constituyente y en consecuencia haciendo parte de la prenda general de sus acreedores.

Por el contrario, una vez constituido el fideicomiso civil y determinado la o las personas Beneficiarias, hasta tanto no se cumpla la condición, estas no tienen más que una mera expectativa de adquirir el derecho indicado en el acto de constitución, motivo por el cual, los bienes fideicomitidos no constituyen parte de la prenda general de sus acreedores hasta tanto la condición no se cumpla y se restituya la propiedad fiduciaria.

Respecto de la segunda posibilidad, en la cual el fideicomiso Civil reviste la estructura de un contrato en sentido estricto por el acuerdo de voluntades entre Constituyente y Fiduciario, el primero de los nombrados se despoja de la propiedad de uno o varios de los bienes que comprendía su patrimonio y los transfiere transitoriamente a la persona del Fiduciario para que éste los administre hasta tanto deba restituirlos, ya sea porque se ha cumplido la condición o porque la misma ha fallado. En ese caso los bienes fideicomitados dejan de ser parte de la prenda general de los acreedores del Constituyente, esto es, dejarán de ser garantía de sus créditos y en consecuencia no serán objeto de la medida cautelar de embargo.

De cara al Fiduciario, como se indicó previamente, este hace las veces de administrador transitorio de los bienes fideicomitados, pues ostentará la propiedad fiduciaria hasta tanto deba restituirlos al Fideicomisario una vez se cumpla la condición, incluso si esta nunca llegara a verificarse estará en todo caso obligado a restituir los bienes fideicomitados nuevamente al Constituyente. De modo que la propiedad fiduciaria hará parte del patrimonio propio del Fiduciario, pero lo hará como tal, esto es, como propiedad sometida a una condición resolutoria para ser posteriormente restituida al Fideicomisario por haberse cumplido la condición o al Fideicomitente por haber fallado.

Así las cosas, los bienes fideicomitados estarán transitoriamente en el patrimonio del Fiduciario quien tiene ostenta fiduciariamente. Para esta hipótesis la prerrogativa de la inembargabilidad era clara y expresa bajo la

vigencia del Código de Procedimiento Civil en el numeral 13 del artículo 684. Sin embargo, la Ley 1564 de 2012 por medio del cual se adoptó el Código General del Proceso guarda silencio al respecto permitiendo discutir una derogatoria tácita de la inembargabilidad de los bienes que se posean fiduciariamente. Actualmente dicha prerrogativa respecto de los bienes fideicomitidos en cabeza del Fiduciario es incierta, especialmente en cuanto a la responsabilidad del Fiduciario de cara al Fideicomisario y/o Fideicomitente, en caso de que sus acreedores persigan, embarguen, secuestren y vendan en pública subasta los bienes objeto del Fideicomiso Civil.

Desde la perspectiva del Beneficiario, debe advertirse que la reflexión sobre la posibilidad de sus acreedores de embargar o no los bienes fideicomitidos a su favor, no merece ya mayor análisis toda vez que no sufre alteración alguna con la estructura bipartita o tripartita del Fideicomiso Civil.

En consecuencia, la derogatoria del numeral 13 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil pierde importancia cuando se analiza la inembargabilidad de los bienes fideicomitidos a la luz de la Teoría General de las Obligaciones, pues estos serán inembargables única y exclusivamente cuando el Fideicomitente traslade la propiedad fiduciaria a un tercero Fiduciario, pues de lo contrario, no habría lugar a que conservándolos en su patrimonio estos se excluyan de la prenda general de sus acreedores permitiendo la defraudación de terceros.

## **La Inembargabilidad de la Propiedad Fiduciaria derivada del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable.**

Respecto del Contrato de Fiducia Mercantil irrevocable el tema de la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria ha sido un tema ya bastante discutido, con la ventaja que doctrinaria y jurisprudencialmente las posiciones han sido mayoritariamente pacíficas, principalmente gracias a que a diferencia de lo que ocurre con el Fideicomiso Civil, el Código de Comercio regula de manera expresa el abierta la discusión.

Muestra de ello son los artículos 1227 y 1233 del Estatuto Mercantil según los cuales:

**ARTÍCULO 1227. OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON LOS BIENES ENTREGADOS EN FIDEICOMISO.** *Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.*

**ARTÍCULO 1233. SEPARACIÓN DE BIENES FIDEICOMITIDOS.** *Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.*

Así bajo la perspectiva del Estatuto Mercantil, los bienes objeto del Patrimonio Autónomo salen del patrimonio del Fiduciante o Fideicomitente pero no por ello entran a formar parte del patrimonio propio del fiduciario, lo que implica que:

Es un patrimonio relativamente autónomo, es decir, que transferido por el constituyente sale de su patrimonio para integrar, especialmente, una universalidad propia, afecto a una finalidad que no se puede confundir con los bienes del fiduciario. La separación patrimonial es tan significativa que los acreedores del fiduciante no podrán perseguir, como lo proclama el artículo 1238, los bienes objeto del negocio fiduciario, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo; igualmente, los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes a éste. (Bonivento, 2009, p. 294)

Lo anterior, permite afirmar que por regla general los bienes objeto del fideicomiso bajo el régimen mercantil, gozan de la prerrogativa de la inembargabilidad y excepcionalmente bajo ciertos supuestos consagrados por el legislador en el art. 1238 del Código de Comercio, podría eventualmente ser garantía de los acreedores del Fideicomitente, esto es, única y exclusivamente cuando los bienes fideicomitados garanticen obligaciones contraídas antes de la celebración del negocio fiduciario.

*En términos de la Corte, “dentro de las diferentes teorías que se dan en torno a su naturaleza jurídica, el legislador patrio adhirió a la que trata la fiducia mercantil como constitutiva de un patrimonio autónomo afectado a una específica o determinada destinación, pues su fisonomía legal y la teleología que inspira su presencia en el campo de los negocios no dejan margen de duda para considerarlo como tal; de otra manera no se explica que los bienes fideicomitidos sólo garanticen las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, que una vez son transferidos al fiduciario no se confunden con los propios de éste ni con los provenientes de otros negocios fiduciarios, ni que deben mantenerse separados tanto material y contablemente, como desde el punto de vista jurídico”, sin oponerse a este aserto “la circunstancia de que excepcionalmente los bienes fideicomitidos puedan ser perseguidos por los acreedores del fiduciante cuyas acreencias sean anteriores a la constitución del fideicomiso, lo que previó el legislador no tanto en desmedro de su configuración autónoma, cuanto para preservar derechos constituidos en el pasado respaldados en la confianza que para aquéllos representa el patrimonio del deudor como prenda general de sus obligaciones (artículo 1238 C. Co.)”, ni su carencia de personificación normativa pues, “cuando sea menester deducir*



*en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad.” (CSJ. Sala de Casación Civil. M. P. William Namén Vargas. Sentencia del 30 de julio de 2008. Expediente 01458-01)*

Así las cosas y por disposición expresa del artículo 1233 del Código de Comercio, en el negocio fiduciario concurren por lo menos cuatro patrimonios distintos, el patrimonio propio del Fideicomitente, el patrimonio propio de la Fiduciaria, el patrimonio autónomo que surge con la mera celebración del contrato y eventualmente el patrimonio propio del Beneficiario cuando se trata de una persona distinta del Constituyente.

En ese sentido, los bienes fideicomitidos que son de propiedad única y exclusivamente del patrimonio autónomo derivado de la celebración del negocio fiduciario, por regla general no podrán ser embargados por los acreedores del Fideicomitente, pues estos no hacen parte de la prenda general de sus acreedores por no pertenecer más a su patrimonio propio, salvo que excepcionalmente se configure la hipótesis consagrada en el

artículo 1238 del Estatuto Mercantil. Eventualmente lo que podrán embargar sus acreedores para garantizar el pago de sus créditos son los derechos fiduciarios a los que tiene derecho el Fideicomitente por la transferencia de los bienes fideicomitidos al patrimonio autónomo, concepto que difiere de embargar la propiedad fiduciaria.

Por su parte, los acreedores de la Fiduciaria como persona jurídica contarán única y exclusivamente como garantía con los activos que componen su patrimonio propio, esto es, todos aquellos recursos adquiridos como remuneración por el desarrollo de su actividad económica, pero jamás será garantía de dichos acreedores los recursos de los patrimonios autónomos de los cuales la Fiduciaria actúa como vocera y administradora.

En cuanto a los acreedores del patrimonio autónomo derivado de la celebración del negocio fiduciario, es decir, aquellas terceras personas que en virtud de alguna relación jurídica adquiere algún derecho respecto del patrimonio autónomo, gozarán como garantía de sus créditos de la totalidad de bienes que conforman dicho patrimonio autónomo incluso para dado el caso solicitar su embargo, pues mal haría el ordenamiento jurídico al dejar sin garantía a los acreedores de los patrimonios autónomos derivados de negocios fiduciarios.

Finalmente, con relación a la expectativa de derecho que tienen los Beneficiarios sobre los bienes o rendimientos generados por el patrimonio autónomo, en su patrimonio propio no habrá más que una mera expectativa

de derecho de propiedad hasta tanto no se cumpla el plazo o la condición para su restitución o a lo sumo habrá en ciertos esquemas derechos fiduciarios limitados a ciertos beneficios que podrán ser embargados en su calidad de derechos fiduciarios, más no los bienes propiamente dichos a los que corresponderían en el patrimonio autónomo.

## CONCLUSIONES

Si bien la figuras del Fideicomiso Civil y la de Fiducia Mercantil derivan en la constitución de una propiedad fiduciaria compuesta por el bien o conjunto de bienes fideicomitidos, es decir, sometidos a la condición de pasar a otra persona una vez se cumpla el hecho futuro e incierto, ambas difieren en elementos esenciales y estructurales que conllevan consecuencias jurídicas bastante diversas.

Por su parte el Fideicomiso Civil puede adoptar según los sujetos intervinientes, la calidad de acto jurídico o de contrato en sentido estricto. Será un acto jurídico cuando de manera unilateral el Fideicomitente limite bienes de su propiedad pero se reserve para sí la administración de la propiedad fiduciaria hasta tanto se verifique el cumplimiento de la condición suspensiva.

En este caso, aun habiéndose constituido el Fideicomiso Civil la propiedad Fiduciaria seguirá conformando el patrimonio del Fideicomitente por cuanto no fue transferida a un tercero fiduciario y en consecuencia será susceptible de ser embargado por sus acreedores de conformidad con la derogatoria del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil y con la Teoría General de las Obligaciones.

Será un contrato en sentido estricto cuando a la constitución del Fideicomiso Civil deba comparecer el Fideicomitente a limitar su propiedad y transferirla al Fiduciario y el Fiduciario quien deberá aceptar el hecho de

asumir la administración de los bienes fideicomitidos hasta que deba restituirlos, bien porque se cumplió o porque ha fallado la condición. En este caso la propiedad fiduciaria gozará del beneficio de la inembargabilidad de cara a los acreedores del Fideicomitente, del Fiduciario y de los Fideicomisarios, toda vez que no hace parte integrante del patrimonio propio de ninguno de los sujetos intervinientes.

Finalmente, la figura de la Fiducia Mercantil es claro que solo admite la condición de contrato, pues por disposición legal este solo puede ser celebrado con un sujeto calificado autorizado para actuar como Fiduciaria, quien administrará el patrimonio autónomo que se deriva como consecuencia inmediata y por excelencia de la celebración de cualquier negocio fiduciario.

Así, los bienes fideicomitidos que conforman el patrimonio autónomo por haber sido transferidos por el o lo Fideicomitentes a este, no sólo deberán mantenerse separados jurídica y contablemente del patrimonio propio del Constituyente, Fiduciario y Beneficiario, sino que además, por el mismo motivo, serán inembargables para sus acreedores y solo lo serán respecto de aquellos terceros que adquieran un derecho respecto del patrimonio autónomo, ya sea porque así lo dispuso el mismo Fideicomitente o porque la Fiduciaria como vocera y administradora del mismo lo haya obligado.

Así pues, la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria en el ordenamiento jurídico colombiano actual no responde a un beneficio especial que el legislador otorgue a dicha institución, sino una consecuencia apenas lógica de la separación patrimonial que debe ser analizada a la luz de la Teoría General de las Obligaciones.

## Bibliografía

Álvaro Orlando Pérez Pinzón, T- 25430 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal 9 de mayo de 2006).

Asofiduciarias. (enero de 2013). *www.asofiducarias.org*. Recuperado el 15 de septiembre de 2014, de <http://www.asofiduciarias.org.co/pdf/Cartilla-de-APPs539.pdf>

Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 05001-3103-012-1999-1000-01 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil 14 de febrero de 2006).

César Julio Valencia Copete, 11001-3103-019-1999-00009-01 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil 30 de agosto de 2010).

Consulta OAJ 2176, SRN2013ERO24788 (Superintendencia de Notariado y Registro).

De la fiducia civil frente al derecho de preferencia en la negociación de acciones, 220-194200 (Superintendencia de Sociedades 21 de diciembre de 2009).

En desarrollo de un contrato de fiducia mercantil, la sociedad fiduciaria lleva la personaría jurídica del patrimonio autónomo para ejercer derechos o acciones en actuaciones judiciales y administrativas, 220-073679 (Superintendencia de Sociedades 18 de mayo de 2009).

Fernández, J. A. (2009). *Los principales Contratos Civiles y Comerciales*.

Bogotá D.C: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Fiducia de Parqueo, 2012043756-001 (Superintendencia Financiera 2 de agosto de 2012).

FIDUCIA MERCANTIL – NEGOCIO FIDUCIARIO – FIDUCIA

INMOBILIARIA - PATRIMONIO AUTÓNOMO, Concepto

2006023810-001 (Superintendencia Financiera de Colombia 26 de julio de 2006).

Fiducia Mercantil, Patrimonio Autónomo, Operador de Libranza,

2013010362-001 (Superintendencia Financiera 18 de marzo de 2013).

García, E. R. (2012). *La fiducia Mercantil y Pública en Colombia*. Bogotá

D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Guzmán, R. B. (2012). *Código General del Proceso y Código de*

*Procedimiento Civil. Cuadro Comparativo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Jaramillo, L. G. (2010). *Bienes*. Bogotá D.C.: Temis S.A.

M. P. William Namén Vargas, 01458-01 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil 30 de julio de 2008).

Manuel Isidro Ardila Velásquez, 1997-01208-01 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil 14 de diciembre de 2005).



Nilson Pinilla Pinilla, T-910 (Corte Constitucional 2009).

Petit, E. (2008). *Derecho Romano*. México D.F.: Porrúa.

Pozo, M. V. (2012). *www.tdx.cat.com*. Recuperado el 13 de octubre de 2014, de <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/84039/Tesis?sequence=1#page=266>

Restrepo, H. V. (2013). *Derecho Privado Romano*. Medellín: Señal Editora.

Ruth Marina Díaz Rueda, 11001-3103-025-2000-00519-01 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil 11 de junio de 2009).

Sentencia de Casación, 11001-3103-036-1999-014558-01 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 30 de Julio de 2008).

Sentencia de Tutela, 25. 430 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal 09 de mayo de 2006).

Sociedad por Acciones Simplificada-Fiducia, 220-042010 (Superintendencia de Sociedades 21 de marzo de 2011).

Superintendencia Financiera. (2006). *Concepto 2006*. Obtenido de <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2006/2006023810.pdf>

Tatiana Andrea González Cerón, J. A. (2 de junio de 2000). *www.unisabana.edu.co*. Recuperado el 10 de octubre de 2014, de

<http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/5383/1/129371.pdf>

William Namés Vargas, 11001-3101-039-2000-00310-01 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil 1 de julio de 2009).