

Declaración de originalidad (Obligatorio para postgrados)

14 de marzo de 2019

Katherine Gómez García

"Declaro que esta tesis (o trabajo de grado) no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad"
Art. 82 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma

A handwritten signature in black ink that reads "Katherine Gómez García". The signature is written in a cursive style and is positioned above a solid horizontal line that spans the width of the page.

Análisis jurídico propiedad fiduciaria como mecanismo de protección del patrimonio en
Colombia.

Katherine Gómez

Universidad Pontificia Bolivariana

Nota del autor

Abogada, especialista en derecho comercial Universidad Pontificia Bolivariana.

Artículo de grado maestría en Derecho, modalidad de profundización en derecho privado

Universidad Pontificia Bolivariana. katherine.gomez@upb.edu.co

Resumen

La propiedad fiduciaria es una limitación al derecho de dominio, que encuentra su fundamento en el derecho romano, el cual estableció el régimen jurídico de la propiedad como uno de los más importantes.

Bajo estas normas, la constitución de fideicomiso es utilizada como mecanismo de planeación económica, dando lugar, una vez cumplida la condición, a la transferencia de dominio a una tercera persona. En ocasiones, se puede evidenciar una extralimitación en el uso del mecanismo descrito a través de la satisfacción de finalidades reprochables, logrando realizar actos que defrauden acreedores o incluso herederos legítimos.

El problema de investigación se origina en la regulación y aplicación de la normativa que, en ciertos casos por su utilización abusiva, ha cuestionado su carácter esencial.

En consecuencia, a través de un análisis jurídico, se busca establecer cuáles son los límites y alcances de la propiedad fiduciaria como instrumento jurídico y como mecanismo de protección patrimonial, el cual requiere no sólo de normas que regulen su ejercicio, sino de una correcta utilización por parte de los usuarios.

Palabras clave:

Propiedad fiduciaria, patrimonio, embargo, garantía, protección.

Abstract

Trust property is a limitation to ownership rights, that can be traced back to the old Roman Law.

A particular legal system which established property law as a key legal aspect.

Under these laws, the creation of trust arrangements is used as an economic-planning mechanism; allowing for, once the conditions are met, the transference of the ownership to a third party. In some cases, the misuse of the described mechanism becomes evident when employed to fulfill reproachable purposes, such as cheating creditors or even rightful legal successors.

The investigation problem originates in the current regulation and practice of the law, which, in certain cases, has raised questions about its essential character due to the abuse of the legal figure. Consequently, by the means of a legal analysis, it is sought to establish the limits and scope of the trust as a legal instrument and as an asset-protection mechanism, which is not absolute; and requires not only of rules to regulate its practice, but also of a correct usage out of its users.

Key Words:

Trust, Assets, Seizure of Property, Guarantee, Protection.

Introducción

El presente escrito tiene como objeto, a partir del análisis jurídico, desarrollar y establecer los límites y alcances de la propiedad fiduciaria con el fin de reivindicar o cuestionar el instrumento jurídico como mecanismo de protección patrimonial. El interés por desarrollar el tema surge a partir de la exploración teórica, que tuvo como objetivo principal encontrar un problema en el campo del Derecho que fuera lo suficientemente relevante para ser desarrollado en un trabajo de grado de maestría; sin embargo, se desataca que, aunque el planteamiento es teórico, el mismo tiene aplicación práctica.

A partir de lo anterior, se encontró la necesidad de proveer elementos que profundicen el análisis de la figura, así como la correcta interpretación de los cambios que se han generado con el fin de lograr una mejor administración del patrimonio, específicamente de los bienes inmuebles. Adicionalmente, se podrá corroborar su utilidad, pertinencia y aplicación o se replanteará la interpretación que se debe dar a la norma y las posibles soluciones que servirán para superar los puntos identificados como negativos. Adicionalmente, busca concienciar acerca los mecanismos que trae actualmente la legislación colombiana relacionados con la protección patrimonial permitiendo elegir el más conveniente para cada caso.

Lo anterior, posibilita la formulación de la hipótesis: la propiedad fiduciaria es un mecanismo efectivo y confiable para proteger el patrimonio en Colombia porque simplifica trámites y contribuye a la correcta planeación económica de las personas que hacen uso de ella.

Con relación al diseño metodológico, este se llevó a cabo mediante una investigación de tipo descriptivo, documental, analítico, con enfoque cualitativo. Para el desarrollo del tema

posterior al primer acápite, la conceptualización, se consultaron y filtraron documentos académicos radicados a entre el mes de enero de 2010 hasta el mes de junio de 2017, teniendo en cuenta las posibles dificultades en el volumen de documentos; además, se buscó proporcionar un margen amplio en la búsqueda de la información en el que se incluyeran los últimos cambios en la norma, la jurisprudencia y la doctrina. Adicionalmente, teniendo en cuenta que la investigación no es histórica, no se hace necesario un límite temporal más allá de los 10 años; respecto a la fecha de finalización de la búsqueda de información, esta responde a la fecha en la que se comenzó a realizar el artículo y se concluyó la investigación.

La información que sirve de sustento a la investigación, fue obtenida en bases de datos y repositorios institucionales relacionados la propiedad fiduciaria o el fideicomiso como mecanismo de protección patrimonial.

Dentro de los métodos de recolección de información, se estudiaron bases de datos académicas como EBSCO, Redalyc, Google Scholar, Scielo y Scopus, en busca principalmente, de artículos científicos publicados en revistas indexadas.

El objetivo general de esta investigación, es realizar un análisis jurídico de la propiedad fiduciaria, que permita establecer los límites y alcances de la protección del patrimonio en Colombia; así mismo dentro de los objetivos específicos se encuentran: realizar un análisis hermenéutico de la propiedad fiduciaria en la legislación colombiana, a fin de establecer su naturaleza y utilidad jurídica; determinar la procedencia del embargo en bienes sometidos al régimen de propiedad fiduciaria y finalmente, presentar un análisis de derecho comparado que

permita establecer los nuevos desarrollos de la propiedad fiduciaria más cercanos al ordenamiento jurídico colombiano: Argentina y Chile.

Con el fin de alcanzar el objetivo propuesto, el artículo tendrá la siguiente estructura temática; primero y con el fin de contextualizar al lector sobre el tema, se realizará una breve reseña de los antecedentes fácticos y legales de la propiedad fiduciaria, así como su conceptualización. Posteriormente, se realizará el análisis jurídico para el caso de Colombia, teniendo en cuenta las formas de protección del patrimonio, el análisis del debate acerca de la embargabilidad o no la propiedad fiduciaria a la luz del Código General del Proceso, que servirá de insumo para el análisis de derecho comparado que se realizará en la parte final del texto. Posteriormente, se dedicará un capítulo a exponer las generalidades de los negocios fiduciarios mercantiles y su comparación con la propiedad fiduciaria regulada en el Código Civil. En la última parte del artículo, se presentarán las conclusiones a que haya lugar y que permitan contestar la pregunta que promovió la investigación, ¿es la propiedad fiduciaria un mecanismo óptimo para la protección del patrimonio en Colombia?

Antecedentes de la propiedad fiduciaria y conceptualización

La propiedad fiduciaria, al igual que el usufructo, uso o habitación y la servidumbre, son limitaciones al dominio. Puntualmente en el caso del fideicomiso, los bienes objeto del mismo, se encuentran sujetos al gravamen de pasar a otra persona en virtud de que se cumpla una condición que es estipulada por el constituyente.

El fideicomiso, encuentra sus orígenes en el derecho romano, y surge como respuesta a la necesidad de proporcionar otras alternativas que permitieran la adquisición de derechos y

obligaciones contractuales por parte de personas que inicialmente no podían gozar de ellos y aunque existieron administradores específicos para algunos eventos, respecto de la administración voluntaria (hoy fiducia), no existía regulación alguna. Posteriormente, con base en los abusos presentados, se vio la necesidad de regulación por el “derecho nuevo” en tiempos de Augusto y la evolución tanto de la regulación como de la institución continuó hasta nuestros días y aunque hoy en día, es materia de regulación por diferentes legislaciones no ha perdido su esencia. Actualmente, se considera como un mecanismo que promueve la confianza y agiliza las relaciones contractuales, razón por la cual es una de las herramientas más utilizadas para el cumplimiento de finalidades económicas específicas.

A partir de un estudio preliminar, se encuentra que, aunque en principio se identifica la propiedad fiduciaria como una limitación al dominio, la misma tiene unas características que la diferencian, teniendo como punto de partida los innumerables beneficios para las partes que se encuentran involucradas en ella, reportando efectos jurídicos que van desde considerar los bienes que hacen parte del fideicomiso inembargables, hasta un tratamiento especial en el derecho tributario y societario.

Los antecedentes de lo que se hoy se conoce como propiedad fiduciaria, encuentran fundamento en las prácticas realizadas en el marco del derecho romano, pues se evidencia que en diferentes instituciones se utilizó el fundamento de la confianza para la celebración de actos con efectos jurídicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se pueden evidenciar rasgos de propiedad fiduciaria en: la adopción, la emancipación y el derecho sucesoral, siendo esta última figura en la que se

demuestran con mayor claridad rasgos distintivos que aún continúan. Así las cosas, de cara a la investigación y objeto de estudio, se determinó que el fideicomiso encuentra sus raíces fundamentalmente en Roma, lugar desde el cual se realizará la argumentación siguiente sobre los antecedentes de la figura.

Fideicommissa y Pacta Fiduciae

En Roma, el fideicomiso tuvo estrecha relación con el legado o *legem dare*, que es: “una atribución patrimonial lucrativa directa que el testador hace de un bien singular o que impone al heredero a favor de una persona con *testamenti factio* llamada legatario (*legatarius*)” (Betancourt, 2010, p. 531).

Al enunciarse el concepto de legado, es pertinente realizar una aproximación al mismo, con el fin de determinar su relación con la propiedad fiduciaria, la cual surge en las inconformidades con la normatividad del legado, las cuales podían ser subsanadas a través de una primera manifestación del fideicomiso, denominada fideicommissa, específicamente, se logró establecer un medio que permitiera subsanar la falta de capacidad para heredar, que podía darse en el caso de los extranjeros, peregrinos y esclavos; es así como se adjudicaban los bienes mediante la designación testamentaria a una persona con capacidad de heredar, la cual adquiriría el compromiso de transmitir esos bienes a quien correspondiera de acuerdo con la voluntad del testador. Lo anterior, corresponde a la forma en la que se utilizó la figura que se identifica como fideicommissa, y que resulta ser uno de los orígenes de la fiducia moderna. Fue entendida en el derecho romano clásico como:

“Encargos que una persona, llamada fideicomitente, hace a otra que de algún modo se va a lucrar con la herencia de aquél, llamada fiduciario, para que los cumpla, dentro de los límites de su lucro, después de la muerte del fideicomitente y en provecho de un tercero, llamado fideicomisario” (D’ors, 1975, p. 75).

Con base en lo anterior, se pueden deducir que las partes de la fideicommissa, así: el fideicomitente, que se identificaba como el constituyente; adicionalmente, se requería un fiduciario, quien era la persona que debe cumplir con el encargo realizado encontrando el fundamento de esta “obligación” en el lucro que recibirá de la herencia; finalmente, se encuentra el fideicomisario, que se identificaba como un tercero, que no participó en el pacto anterior, pero se veía beneficiado por el mismo tras la muerte del fiduciario, por lo anterior, se establece que a través de esta figura se pudieron lograr, otros fines como gratificar extranjeros, quienes carecían de capacidad para heredar.

Aunque en principio el fideicomiso se utilizó con fundamento en el derecho de herencia, posteriormente, fue utilizado para otros fines como evadir leyes furia y vocatoria¹. Además, teniendo como punto de partida la flexibilidad que ofrecía la figura, se estableció posteriormente que su constitución no era exclusiva del acto testamentario, sino que podría ser establecida a través de cualquier otro instrumento, llegando incluso a ser de manera verbal o a través de un simple

¹ La ley Furia señala a los legados –exceptuando los que se otorgasen a favor de próximos parientes– una tasa máxima de 1.000 ases. La ley Voconia –del año 169 a.C.– dispone que los legados no deberán exceder nunca de lo que para sí retenga el heredero (1). Mas, al cabo, prevalece la tendencia de la ley Falcidia –del año 40 a.C.–, la cual ordena que el heredero recibe, libre de legados, una cuarta parte de su porción hereditaria. <http://www.derechoromano.es/2017/08/limitaciones-impuestas-legados-fideicomisos.html>

gesto. Las amplias formas de constituir el fideicomiso acarrearón como es apenas lógico, dificultades probatorias, que tuvieron que ser solucionadas sobre la marcha.

La segunda manifestación del fideicomiso en Roma se presenta a través de la denominada *pacta fiduciae*, que fue utilizada en la misma forma que la *mancipatio*; aunque estrictamente no fue una garantía real, fue considerada como tal junto con la prenda e hipoteca. Esta segunda manifestación del fideicomiso, es definida por Arango Ruiz (Citada en Domínguez, 1972, p. 168) así:

Acto en virtud del cual “transmitía una cosa por mancipatio o in jure cesio al acreedor, para garantizarle su crédito; pero este, a su vez, adquiría el compromiso de restituir aquella, lograda que fuera la finalidad perseguida. El compromiso del acreedor era reforzado por medio de un pactum fiduciae, o sea, una cláusula mediante la cual se obliga a remancipar la cosa”

A su vez, la *pacta fiduciae* se dividió en dos: *fiducia cum amico* y *fiducia cum creditore*, utilizadas como forma de transmitir la propiedad de los bienes de la cosa prestada, depositada o dada en prenda y que además establecían un pacto de fiducia que obligaba a devolver el bien una vez se cumplía la finalidad para la cual fue transmitido. A continuación, se explica de manera resumida en qué consistió cada figura, de acuerdo a lo presentado por Domínguez (1972):

Fiducia cum amico: fue utilizada para transmitir el dominio de un bien a un depositario o mandatario quien a su vez adquiría el compromiso de destinar el bien a una finalidad específica.

Fiducia cum creditore: consistió en la enajenación de un bien para garantizar un crédito, como consecuencia, se adquiría la obligación de reintegrar el bien cuando el fiduciante cumpliera con la obligación garantizada, es decir, cumplir con el objetivo pretendido en el *pactum*.

A partir de las definiciones anteriores, a continuación se presenta una corta reseña de la evolución del fideicomiso en la legislación romana, que tiene como punto de partida, los ya mencionados principios de confianza y buena fe, pues para la época, no se establecieron herramientas que permitieran el cumplimiento forzoso del encargo realizado; posteriormente, y frente a la necesidad de forzar su cumplimiento, se contó con la posibilidad de establecer un refuerzo o medida adicional para garantizar el cumplimiento del encargo establecido. Teniendo en cuenta la importancia que adquirió la figura, el emperador Augusto, encomendó a la jurisdicción de cónsules exigir el cumplimiento de lo mandado cuando se encontrara evidente fraude del fiduciario; posteriormente, el emperador Claudio, nombró *praetores* fideicomisarios, los cuales se encontraban especializados para que el fiduciario incumplido, cumpliera con su promesa. Además, se estableció la posibilidad de acción para el cumplimiento de la obligación encomendada, configurando como sujetos pasivos de la misma, tanto el deudor fiduciario como todo aquel que retuviera la cosa objeto del fideicomiso.

Finalmente, en época del emperador Justiniano, las figuras de legado y fideicomiso, se equipararon, y sólo se diferenciaban en que el primero debía constituirse por acto testamentario, mientras que el segundo no requería esta formalidad.

En conclusión, en Roma se reconocieron como prácticas fiduciarias las denominadas *Fideicommissa* y *Pacta Fiduciae*; a su vez, el negocio realizado se evidenciaba a partir de la fiducia testamentaria, la *cum creditore* y la *cum amico*.

En Colombia, la propiedad fiduciaria fue implantada a través del Código Civil de Don Andrés Bello, en el cual se pueden encontrar rasgos de lo establecido en la legislación romana, no sólo en lo relacionado con la propiedad fiduciaria, sino también en lo concerniente al albacea fiduciario.

En Colombia, el fideicomiso se encuentra regulado entre los artículos 793 al 832 del Código Civil, el cual menciona como propiedad fiduciaria a 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

La propiedad fiduciaria del Código Civil Colombiano, se encuentra estructurada a partir de una mezcla de las figuras utilizadas en Roma, toda vez que puede constituirse a través de un acto testamentario (*fideicommissa*) o por acto entre vivos y se establece que cuando el fideicomiso recaiga en bien inmueble, deberá inscribirse este acto en el registro competente, tal y como lo establece el artículo 796 del Código Civil.

En los artículos posteriores al 796, se establecen las reglas sobre la constitución del fideicomiso, sus efectos y las características de la condición, los cuales se enunciarán cuando el desarrollo del tema así lo requiera.

El patrimonio y su protección en Colombia

En términos generales, la protección del patrimonio económico no es un tema exclusivo de sociedades o de personas naturales propietarias de bienes representativos de grandes sumas de dinero, al contrario, gran parte de los mecanismos de protección, se encuentran pensados para ser utilizados de acuerdo a las necesidades particulares de cualquier tipo de ciudadano, pensando en las amenazas que puede sufrir el patrimonio, las cuales van desde embargos o limitaciones, hasta la pérdida del derecho real del dominio.

A partir de la percepción y los cambios sociales relacionados con las amenazas que puede sufrir el patrimonio de las personas en Colombia, la legislación ha creado diferentes mecanismos que establecen que cumpliendo ciertas condiciones, se podrán blindar o proteger determinados bienes, estas medidas de protección, no recaen solamente sobre los bienes físicos o materiales (muebles o inmuebles), sino también sobre bienes jurídicos que se encuentran vinculados de manera directa a ellos, es el caso de la protección de menores de edad, incapaces, la familia, la vivienda digna entre otros.

Para lograr una administración eficiente del patrimonio, se establecieron diferentes figuras, dentro de las que se sobresalen: el patrimonio de familia inembargable, la afectación a vivienda familiar, usufructo, el leasing y la propiedad fiduciaria. A continuación, se realizará un análisis de

las figuras anteriores, indicando además la utilidad jurídica de cara a la protección, planeación patrimonial y garantía del crédito:

Patrimonio de familia inembargable y afectación a vivienda familiar: figuras comunes de protección del patrimonio familiar.

De acuerdo al artículo primero de la Ley 70 de 1931, el patrimonio de familia es un “(...) patrimonio especial, con la calidad de no embargable” que es autorizado por la Ley para garantizar una vivienda digna y proteger a la familia como núcleo esencial de la sociedad facilitando que la misma pueda establecerse y desarrollarse sin interferencias de ningún tipo.

Teniendo en cuenta lo establecido por la legislación, el patrimonio de familia recae sobre bienes inmuebles que no superen los 250 salarios mínimos y con esto se busca especializar la protección a un grupo vulnerable de la sociedad, que son las personas de escasos recursos económicos, para quienes muchas veces la vivienda que habitan es su único patrimonio.

Con relación a la protección patrimonial, se hace referencia, a la sentencia C107 de 2017, que realiza un análisis jurídico basado en los cambios sociales que se han presentado en los últimos años, reconociendo que los mismos no son ajenos al Derecho, sino que por el contrario afectan la norma de forma directa. Cabe mencionar que el término familia, puede ser entendido como “la más antigua de las instituciones humanas y constituye el elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad” (Olivar & Villa, 2014, p.13).

Considera la sentencia mencionada, que, de acuerdo a la ampliación de las tipologías familiares y la relación de estas con la norma jurídica, se convierte en un imperativo para la Corte Constitucional, realizar el análisis de los artículos 4 y 5 de la ley 70 de 1931, los cuales, a

consideración de la parte demandante, son discriminatorias, debiendo extender su alcance a la familia unipersonal, la de crianza y a los integrantes de la familia extensa.

La Corte, incluye en su análisis la remisión directa a la Ley 861 de 2003, que otorga a la madre cabeza de familia la posibilidad de constituir patrimonio de familia inembargable, el cual, de acuerdo al artículo primero, debe ser el único bien urbano o rural perteneciente a la mujer o al hombre cabeza de familia, la afectación se extiende a favor de los hijos menores de edad existentes y los que estén por nacer. Finalmente, se opta por realizar la integración normativa del artículo 5 de la Ley 70 de 1931 al análisis, concluyendo que la norma es exequible siempre y cuando se entienda que el patrimonio de familia inembargable, podrá constituirse a favor de los integrantes de la familia unipersonal, extensa y de crianza.

En la misma línea de protección del patrimonio de la familia, se encuentra la figura de afectación a vivienda familiar, que, de acuerdo a la Ley 258 de 1996, es “el bien inmueble adquirido en su totalidad por uno de los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio destinado a la habitación de la familia” a diferencia del patrimonio de familia inembargable, la afectación a vivienda familiar opera por el ministerio de la ley. Así mismo, sobre el inmueble que se encuentre bajo afectación a vivienda familiar, podrán realizar afectaciones o gravámenes que impliquen otros derechos reales, siempre y cuando se cuente con la autorización mediante la firma de los cónyuges y por autorización de estos mismos, podrá levantarse la afectación.

El artículo 7 de la mencionada Ley, establece que los bienes, al igual que en el patrimonio de familia son inembargables, pero en el primer caso, se establecen dos excepciones, permitiendo así el embargo y por lo tanto el levantamiento de la protección de ese patrimonio familiar,

“1. Cuando sobre el bien inmueble se hubiere constituido hipoteca con anterioridad al registro de la afectación a vivienda familiar.

2. Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar préstamos para la adquisición, construcción o mejora de la vivienda”

En las dos figuras anteriores, se puede evidenciar la intención del legislador en proteger a la familia y su patrimonio a través de diferentes mecanismos, los cuales, si bien no lo hacen de manera absoluta, si generan cierto grado de seguridad y confianza sobre ese patrimonio. Aunque se protege una parte esencial de la sociedad, la familia, se encuentra que las figuras no son suficientes, pues se excluyó el patrimonio que pueda tener una persona que no se encontrara casada ni conviviendo bajo unión marital de hecho o el bien con otro tipo de características, aunque con la interpretación realizada por la Corte Constitucional, se subsana en parte este defecto de la Ley al permitirse a la familia unipersonal gozar del beneficio; sin embargo quedan por fuera otros bienes que no encajen en los supuestos expuestos.

El usufructo como mecanismo de planeación patrimonial.

La ley civil regula el usufructo con el fin de ofrecer facilidad en la administración de algunos bienes, una de las opciones que se plantean es la relacionada con el derecho sucesoral, la cual es la más utilizada. El artículo 823 Código Civil colombiano define el usufructo como:

(...) un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituir a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible

De acuerdo con el artículo 820 del Código Civil, el usufructo podrá constituirse para que tenga sus efectos por un tiempo determinado o para que su duración sea determinada por el tiempo de vida del usufructuario, quien es la persona que tendrá la facultad de usar y gozar el bien sujeto a usufructo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se obtiene certeza del usufructo como forma de proteger el patrimonio, toda vez que permite la utilización de una cosa por quien no es su dueño, de acuerdo con circunstancias específicas; así mismo, en caso de morir el usufructuario, la propiedad se radicará completamente en cabeza de su nudo propietario, quien tendrá nuevamente todos los atributos de la propiedad y podrá ejercerlos a su arbitrio, siempre observando las normas de orden público y las buenas costumbres. Así mismo, se estarán evitando sobregastos gastos e impuestos al ser utilizado como mecanismo de planeación económica.

Constituir un usufructo puede ser, como ya se anunció, una medida de protección al momento de un trámite sucesorio, pues podrá establecerse una protección especial por ejemplo al cónyuge sobreviviente, para que este conserve el uso y goce de un bien, estableciendo a su vez que la nuda propiedad se radique en cabeza de uno o varios de los herederos.

En todo caso, se deben tener en cuenta las limitaciones que la figura misma tiene, pues ninguno de los participantes podrá obtener la máxima rentabilidad del bien, toda vez que no se

tiene la libre disposición del mismo; de igual forma, deberán tenerse en cuenta los efectos fiscales de la constitución de la figura, para lo cual es conveniente remitirse al Estatuto Tributario, el cual en el artículo 261, establece que se debe entender como patrimonio bruto el, "constituido por el total de los bienes y derechos apreciables en dinero poseídos por el contribuyente en el último día del año o período gravable"

Continúa el artículo 263 de la misma codificación estableciendo que se entiende por posesión, "el aprovechamiento económico, potencial o real, de cualquier bien en beneficio del contribuyente. Se presume que quien aparezca como propietario o usufructuario de un bien lo aprovecha económicamente en su propio beneficio"

En el usufructo se presenta un desmembramiento de la propiedad, por esto, resulta en ocasiones difícil establecer cómo se debe realizar la declaración de los impuestos que se generen. Para no profundizar en debates que no son el objeto de este artículo, se entenderá que el bien debe ser declarado por el dueño (nudo propietario) y para realizar el pago del impuesto correspondiente, éste deberá disminuir el valor aproximado del derecho de usufructo, este valor, debe coincidir con el valor que declara el usufructuario. Los dos deben pagar impuesto, porque son titulares de derechos reales y como tal de activos patrimoniales que podrán ser apreciados en dinero.

El leasing como medio de garantía comercial y protección patrimonial

El leasing, es definido como

Una nueva fórmula de equipamiento de las empresas, mediante la cual estas acceden a la utilización de bienes de equipo que le es facilitada por la entidad financiadora o sociedad de leasing, a cuyo fin esta adquiere la propiedad del bien,

sin perjuicio de que el usuario, optativamente, pueda acceder al cabo de un tiempo, a dicha propiedad o continuar con el uso del bien (Arrubla, 2012, p. 149)

Con el fin de establecer si el *leasing* resulta óptimo en términos de protección patrimonial, se deben tener en cuenta aspectos como el tipo de inversión que se va a realizar, la calidad de la persona tomadora, el patrimonio para efectos fiscales, la destinación del bien y la finalidad del negocio entre otros. Como mecanismo de financiación, el *leasing* es más utilizado en el mundo empresarial porque “posibilita la renovación de equipos de uso industrial y profesional. Por ello, se presenta en varias modalidades a las que es común denominar leasing financiero, leasing operativo y *lease-back*” (Villegas, 2007, p. 91), así se puede incrementar la productividad de una empresa, pues se podrá financiar hasta el 100% del valor del bien que se necesite adquirir, además, el mismo podrá ser utilizado sin necesidad de anticipos ni pagos adicionales y como el bien se comienza a utilizar de manera inmediata, se podrá, a partir de su productividad natural amortizar su valor, el cual se ve reflejado en el pago periódico de los cánones pactados con la compañía de *leasing*, además, ítems como el plazo, el valor de la cuota y su valor residual se fijan con base en la vida útil del bien, motivo por el cual siempre se tiene la posibilidad que los mismos sean renovados y evitar así su obsolescencia. Finalmente, como a través de este contrato, el bien continua en cabeza de la empresa de *leasing*, el mismo sirve de garantía ante el incumplimiento del tomador, simplificando trámites judiciales, en este sentido, cambia la percepción sobre la protección patrimonial, pues no sólo será de cara al deudor, sino al acreedor, que en ocasiones no es tenido en cuenta para los análisis porque se considera que su patrimonio se encuentra seguro y que está en una situación de ventaja, pero se puede observar que en ocasiones no es así.

En términos de protección patrimonial personal, se encuentra puntualmente una modalidad de *leasing*, que tiene un enfoque diferente a lo expuesto anteriormente, y es el denominado *leasing* habitacional, el cual surgió no solo como una medida de protección patrimonial, sino como una solución a los problemas presentados en la adquisición de vivienda fundamentado en cumplimiento del mandato constitucional de acceso a una vivienda digna; esta figura se encuentra regulada principalmente en el Decreto 2555 de 2010 (Derogó el Decreto 1787 de 2004), artículo 2.28.1.1.2 que define el leasing habitacional destinado a vivienda familiar en el artículo segundo así:

(...) El contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor (...)

De acuerdo con la norma, existen dos modalidades de este contrato, la primera, *leasing* habitacional destinado a vivienda familiar, el cual deberá guardar coherencia principalmente con la ley 546 de 1999, el Decreto 145 de 2000 y Ley 795 de 2003 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Y en segundo lugar, el *leasing* habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar, que deberá regirse a partir de lo estipulado por las partes en el contrato y lo establecido en las demás leyes y normas concordantes. En esta figura, se encuentra la ampliación de las posibilidades respecto a la crítica realizada al patrimonio de familia inembargable y la afectación

a vivienda familiar, pues se incluye la vivienda con otras características que abarcan un número mayor de ciudadanos.

Teniendo en cuenta las estrategias de protección patrimonial, el *leasing* es una buena alternativa para la adquisición de vivienda por los beneficios tributarios y financieros que otorga, el primero de ellos, es que los intereses pagados dentro del respectivo año gravable serán deducibles en la liquidación de los impuestos; además, como el tomador no adquiere la propiedad del inmueble objeto del contrato de *leasing*, el mismo no hará parte de su patrimonio y por lo tanto no será un ingreso susceptible de ser declarado como tal hasta tanto se ejerza la opción de compra que tiene lugar al momento de la finalización del contrato.

Vale rescatar que la vivienda puede ser financiada a partir de la etapa de construcción, y el porcentaje a financiar supera por diez puntos la proporción de financiamiento de un crédito hipotecario, pues en el primer caso será máximo del 80% y en el segundo del 70%, siempre y cuando se cumpla por parte del cliente o tomador del crédito con los requisitos establecidos por la entidad financiera para el desembolso del dinero, además, en ocasiones la tasa de interés ofrecida es menor en el crédito bajo la modalidad de *leasing*, lo que significa a largo plazo, ahorro de dinero.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se encuentra que para algunos casos, la opción de adquirir vivienda a través del *leasing* habitacional, constituye un modo de protección patrimonial, pues se evitan algunos gastos por un periodo de tiempo que puede ser entre 10 y 20 años y además el inmueble se encontrará fuera de la prenda general de los acreedores hasta tanto no ingrese al patrimonio del tomador; además se encuentran diferentes beneficios tributarios y financieros que

hacen del leasing una alternativa válida cuando de adquirir vivienda y proteger el patrimonio familiar o personal se trata.

Aunque el leasing y los demás mecanismos estudiados no son absolutos, evidencian la preocupación del legislador por brindar diversas herramientas que permitan la conservación del patrimonio; se debe tener en cuenta que no son útiles para todos los casos, resultando en ocasiones onerosas y complejas para algunas personas.

Finalizado el tema de los mecanismos de protección patrimonial en Colombia, se abordará la segunda parte de este capítulo, relacionando la propiedad fiduciaria con la legislación procesal vigente.

Los negocios fiduciarios mercantiles en Colombia

Resulta necesario no sólo desde el ámbito teórico, sino desde el práctico, analizar la regulación correspondiente a los negocios fiduciarios establecidos en materia comercial, en especial con la modalidad denominada, fiducia mercantil, la cual, a menudo es confundida con el fideicomiso regulado en el Código Civil.

A continuación, se realizará un acercamiento al tema de la fiducia mercantil, con el fin de establecer a partir de un análisis jurídico sus diferencias con la regulación civil y la importancia de una y otra figura.

Es necesario establecer el significado de negocio fiduciario, y se tomó como base lo presentado por la Superintendencia Financiera de Colombia (1997), que al respecto menciona:

(...) 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 ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. (p.1)

Lo anterior, incluye la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, así como los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos consagrados en la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias.

A partir de lo anterior, se reconocen las siguientes modalidades de negocios fiduciarios, las cuales serán definidas teniendo en cuenta sus fundamentos normativos:

Encargo fiduciario

Regulado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículos 29 y 146.

El artículo 29, literal B consagra:

Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán, en desarrollo de su objeto social:

b. Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece.

Por su parte, el artículo 146 de la misma regulación, en el numeral primero, establece cuáles son las normas aplicables al negocio fiduciario:

En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto.

Fiducia mercantil

regulada en el Código de Comercio, a partir en el título XI, artículos 1226 al 1244. La definición de esta figura, la establece el artículo 1226 así:

(...) 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.

Fiducia celebrada con entidades estatales

Regulada por la Ley 80 de 1993, Circular Básica Jurídica 29 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Frente a este tipo de negocio fiduciario, hace referencia el concepto 95039286-1 del 19 de enero de 1996.

(...) La Ley 80 de 1993 conocida como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de acuerdo con su artículo 1°

(...) tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales". Bajo este propósito, indica en su artículo 32, a título enunciativo, los contratos que pueden celebrar las entidades estatales, uno de los cuales de conformidad con su numeral 5° son los encargos y fiducia pública estableciendo que "(...) la selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley (...)" (p. 1).

Cabe destacar que el instrumento para perfeccionar los anteriores negocios fiduciarios es el contrato, y de acuerdo con el artículo 1234 del Código de Comercio, el Decreto 2555 de 2010 y la Circular Básica Jurídica, este debe contener cláusulas que regulen los siguientes aspectos: el objeto, los bienes fideicomitidos, los rendimientos y las utilidades y la remuneración.

Así mismo, y de acuerdo con la Asociación de Fiduciarias de Colombia (2015, p. 64), los negocios fiduciarios, tienen las siguientes características:

Confianza: a partir de la experticia y experiencia que el fiduciario tiene, el fideicomitente, le encomienda gestionar una actividad determinada. De lo anterior, se concluye que los negocios fiduciarios mercantiles, son *intuitu personae*.

Finalidad: las obligaciones, deben encontrarse en el contrato y deben cumplir con la característica de ser claras, expresas y determinar la época en la cual debe darse su cumplimiento.

Gestión profesional: el fideicomisario, es un profesional en el campo específico de la gestión que se le encomienda, y además, debe seguir las instrucciones del fideicomitente y las directrices que las normas jurídicas establezcan para tal efecto.

Entrega o transferencia de bienes: para el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el negocio fiduciario, se hace necesario que el constituyente o fideicomitente le haga entrega de los bienes al fideicomisario. En el caso de la fiducia mercantil, se debe transferir la propiedad de los bienes.

Contrato oneroso: las partes tienen obligaciones recíprocas, además al ser una actividad profesional y controlada, hay lugar al cobro de honorarios por la prestación del servicio de administración de estos bienes entregados para cumplir una finalidad específica.

Patrimonio autónomo: cuando se perfecciona el contrato del negocio fiduciario, los bienes que fueron aportados, conformarán un patrimonio autónomo que cumplirá la finalidad del contrato. Se entiende entonces, que existirá separación patrimonial y jurídica entre los bienes que constituyen el patrimonio autónomo y el resto de activos que constituyen el patrimonio del fideicomitente, así como de los bienes que se encuentren en otros negocios fiduciarios.

Finalmente, las causales de extinción del negocio fiduciario se encuentran en el Código de Comercio, artículos 1240 numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6, los cuales pueden sintetizarse así: por la realización plena de los fines para los cuales fue constituida, por la imposibilidad absoluta de realizar sus fines, por el vencimiento del plazo establecido, por el cumplimiento de la condición resolutoria, hacerse imposible o no de cumplir la condición suspensiva.

Colombia, Argentina y Chile: análisis de derecho comparado

Como se expuso en la introducción, corresponde realizar un análisis de derecho comparado, que, si bien no es la parte fundamental del presente escrito, si resulta importante a la luz de los cambios normativos y las interacciones tanto sociales como legales que se han presentado en los últimos años. Los países escogidos para el desarrollo del presente acápite son Argentina y Chile, que resultan relevantes entre otras, por el desarrollo e importancia a nivel latinoamericano. Argentina, representa para Colombia un aliado en muchos aspectos, comerciales y diplomáticos, motivo por el cual se convierte en un punto de referencia importante; además, teniendo en cuenta la reciente unificación del Código Civil y de Comercio en el año 2015, se convierte en un referente obligado por las implicaciones e innovaciones que este podría tener.

Por otro lado, Chile, siempre se ha considerado como un punto de referencia cuando se realizan estudios de derecho comparado, específicamente en el derecho privado toda vez que este es un referente histórico y legislativo en América Latina; El Código Civil Colombiano es una transcripción casi total de su codificador, Andrés Bello, el cual incluyó la propiedad fiduciaria; resulta importante realizar el estudio en la legislación chilena para constar la evolución que la figura ha presentado y si se evidencia cambios sustanciales con el ordenamiento jurídico colombiano.

Con el fin de realizar un análisis macro que permita entender la estructura de la figura y su relación con el resto de la legislación, se abordarán cada uno de los temas por país, así como sus respectivas consideraciones

Colombia

Definición y regulación

Definida por el artículo 794 del Código Civil como aquella que “está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición”

Origen y forma de perfeccionarse

La propiedad fiduciaria en Colombia, puede tener origen en el testamento o en un acto entre vivos, para perfeccionarse, deberá observarse lo establecido en el artículo 796 del Código Civil por medio de testamento para el primer caso o de escritura pública para el segundo.

Principales efectos

El artículo 808 del Código Civil, establece la posibilidad de estipular un tenedor fiduciario quien será encargado únicamente de administrar los bienes, en este sentido, deberá reservar los frutos que produzcan los bienes mientras penda la condición y deberá entregarlos a quien adquiera la propiedad absoluta del bien una vez se cumpla o falle la condición.

El artículo 813 del Código Civil, establece cargas para el propietario fiduciario y establece que “El propietario fiduciario tiene sobre las especies que puede ser obligado a restituir, los derechos y cargas del usufructuario (...)”

De acuerdo con lo establecido por el Concepto No. 009255, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, las cargas tributarias de los bienes sometidos a propiedad fiduciaria se asumirán así:

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 (p.2).

De acuerdo con el artículo 1677 del Código Civil, no es embargable la propiedad de los objetos que se poseen fiduciariamente.

Aunque el fideicomiso de puede pensar no sólo para la planeación patrimonial personal, sino como garantía de obligaciones, se expusieron los aspectos más relevantes de la regulación civil.

Regulación civil vs regulación mercantil

Existe un doble tratamiento en materia de fideicomiso, en primer lugar, se regula la propiedad fiduciaria como ya se ha expuesto, por parte del Código Civil. En segundo lugar, el Código de Comercio regula los negocios fiduciarios, dentro de los cuales se encuentra la fiducia mercantil.

Cabe resaltar al hacer parte de sistemas regulatorios distintos, ambas normatividades contienen reglas que pueden variar y presentarse disímiles. En materia mercantil se exige la profesionalización de la labor del fideicomitente o administrador del patrimonio autónomo; exigencia que no le es dada a la propiedad fiduciaria regulada en el Código Civil, adicionalmente, ambas persiguen fines distintos y por lo tanto variarán en su constitución. Además, los bienes

sometidos a fideicomiso en materia mercantil forman un patrimonio autónomo mientras que los regulados en el Código Civil no.

Extinción del fideicomiso

El artículo 822 del Código Civil, es el encargado de regular las causales de extinción del fideicomiso y de forma taxativa establece las siguientes:

1o.) Por la restitución.

2o.) Por la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retroventa, y se verifica la retroventa.

3o.) Por la destrucción de la cosa en que está constituido, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el artículo 866.

4o.) Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los sustitutos.

5o.) Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil.

6o.) Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.

Embargabilidad y conclusiones

El Código General del Proceso-Ley 1564 de 2012- y la propiedad fiduciaria

Tradicionalmente el Código Civil ha establecido que los bienes que se encuentran sometidos a fideicomiso serán inembargables con fundamento en el artículo 1677 que señala:

La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables (...)

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

La característica de inembargabilidad, fue conservada por el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, el cual prescribe "(...) Además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse:

13. Los objetos que posean fiduciariamente (...)"

Hasta la expedición y posterior entrada en vigencia del Código General del Proceso, no se presentaron discusiones conceptuales acerca de la protección que ofrecía la norma, siendo finalmente aceptado el carácter inembargable de los bienes sometidos a fideicomiso. El cambio en la interpretación, surge con la expedición de la Ley 1564 de 2012, a partir de la cual se entendió que los bienes sometidos a propiedad fiduciaria habían perdido su categoría de bienes inembargables, toda vez que el artículo 594 de esta codificación no los menciona como tal. A partir de este momento, se realizan diversas consultas por parte de ciudadanos a la Superintendencia de Sociedades y de Notariado y Registro con el fin de establecer cuál es la situación real de esos bienes y la procedencia o no de su embargo, entre los pronunciamientos más destacados se encuentran la Instrucción Administrativa No. 06 del 15 de marzo de 2017 de la Superintendencia de Notariado y Registro. Por parte de la Superintendencia de Sociedades se destacan: Oficio No. 220-126109 del 20 de junio de 2016, Concepto No. 220-021816 del 17 de febrero de 2017 y Oficio No. 220-111308 del 31 de mayo de 2017.

A continuación, se presentan los principales aspectos de cada uno de los pronunciamientos enunciados:

Instrucción Administrativa No. 06 del 15 de marzo de 2017: la propiedad fiduciaria no impide las medidas cautelares dentro del régimen de insolvencia.

Se sostiene por algunos doctrinantes que el artículo 1677 del Código Civil Colombiano fue derogado tácitamente, por una norma posterior y especial, a saber, Código General del Proceso; al respecto, considera la Superintendencia de Notariado y Registro que el artículo en mención no fue derogado, primero, porque siguiendo las normas de interpretación jurídica, una norma procesal, no podrá derogar o modificar una norma de derecho sustancial como lo es el Código Civil, además, el legislador, no contempló excepción alguna al carácter inembargable de estos bienes, en este sentido, se requiere únicamente para que opere la inembargabilidad, que se presenten los elementos constitutivos de la propiedad fiduciaria y la misma se perfeccione.

Teniendo como base el anterior análisis, la Instrucción Administrativa de la Superintendencia de Notariado y Registro (06 del 15 de marzo de 2017), ordena a los funcionarios encargados de efectuar los registros públicos, desatender cualquier tipo de embargo judicial o administrativo que verse sobre un bien sometido a fiducia civil. En este sentido, las personas que sientan que sus derechos han sido vulnerados a partir de la inscripción de embargos relacionados con la propiedad fiduciaria, lo que se denominará embargo irregular, se encontrarán en la posibilidad de iniciar acciones judiciales de responsabilidad estatal por el perjuicio causado.

Aunque el pronunciamiento mencionado no presenta una nueva concepción de la norma, regulariza algunas prácticas que a su juicio son incorrectas y que estaban siendo ejecutadas con base en interpretaciones erróneas.

Oficio No. 220-126109 del 20 de junio de 2016: La propiedad fiduciaria no impide las medidas cautelares dentro del régimen de insolvencia.

Por medio de este oficio, se analiza la figura del fideicomiso, estableciendo que es una modalidad especial de dominio, relacionando su fundamento normativo. Además, se realiza la comparación con la fiducia mercantil. Se afirma por parte de la Superintendencia:

(...) permite al propietario fiduciario, constituir hipotecas, y otros gravámenes sobre los bienes del fideicomiso, advirtiendo que sobre estos su manejo se asimila a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría y las facultades del fiduciario, a las del tutor o curador; en todo caso para la constitución de los gravámenes indicados se requerirá previa autorización judicial y con conocimiento de causa de los fideicomisarios, pues de lo contrario, este último, no estará obligado a reconocerlos, todo lo anterior amén de lo dispuesto en los artículos 810 a 822 del Código Civil y Ley 1306 de 2009 (...)

Al propietario fiduciario, se le concede la libre administración de estos bienes mientras se cumple la condición, como consecuencia el fideicomisario, podrá reclamar al cumplimiento de la condición, los bienes o lo que quede de estos, es decir, lo que exista al tiempo de la restitución, toda vez que lo que se tiene es una simple expectativa.

Con base en lo expuesto, se concluye que es procedente el decreto y práctica de las medidas cautelares de embargo y secuestro en procesos ejecutivos de obligaciones garantizadas bajo tales gravámenes. La traslación del dominio al fideicomisario no limita ni prohíbe lo anterior. La afirmación anterior, encuentra sustento legal en el artículo 594 del Código General del Proceso,

que realiza una lista taxativa de los bienes inembargables y no incluye los bienes sometidos a propiedad fiduciaria.

Concepto 220-021816 del 17 de febrero de 2017: Algunos aspectos relacionados con la fiducia civil

Se remite al Oficio 220-126109 del 20 de junio de 2016 y conserva la misma línea de respuesta, establece los efectos de la propiedad fiduciaria como mecanismo de protección del patrimonio de las personas y en general la procedencia o no del embargo de los bienes bajo esta modalidad especial de dominio. Concluye al igual que el Oficio citado, que es procedente el embargo de los bienes sometidos a propiedad fiduciaria, toda vez que el Código General del Proceso no lo incluye dentro de la lista taxativa que presenta.

Por medio de este concepto se adiciona la siguiente interpretación:

(...) Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1677 del Código Civil, particularmente el numeral 8º, se mantiene inembargable ‘la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente’, en el entendido de que se trata de aquellos bienes que un tercero distinto del constituyente posee fiduciariamente.

Oficio 220-111308 del 31 de mayo de 2017: Inembargabilidad de la propiedad fiduciaria o fideicomiso civil.

Mediante la consulta realizada a la Superintendencia de Sociedades, se solicita revocar la doctrina establecida en los Oficios 220-021816 del 17 de febrero de 2017 y 220-126109 del 20 de junio de 2016 en los cuales se acepta la procedencia del embargo en los bienes sometidos a

propiedad fiduciaria; se solicita, además emitir un nuevo concepto donde se especifique que estos bienes son inembargables por disposición legal expresa.

Al respecto, la Superintendencia cita el oficio 220-021816 para aclarar la procedencia del embargo a los bienes sometidos a propiedad fiduciaria. Para fortalecer la tesis expuesta, se menciona que la inembargabilidad no es un atributo propio de la figura, pues a través de la regulación de los artículos 794 y siguientes del Código Civil no se menciona esta característica, la cual aparece en el artículo 1677 de la misma codificación, norma que es claramente procesal toda vez que su “objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos substanciales (...)”

De igual forma, se realiza un recuento de los bienes que han sido considerados como inembargables, a través, del Código Judicial, Código de Procedimiento Civil, Código General del Proceso, relacionándolos con el Código Civil, estableciendo no sólo las derogatorias a tal norma, sino la razón de permitir el embargo de los bienes sometidos a propiedad fiduciaria, entendiendo que el derecho de propiedad no es absoluto y la voluntad legislativa en proteger ese objeto del cual pende una condición, bajo este supuesto, se entiende como inembargable el bien que el deudor posea fiduciariamente, el cual debe cumplir con la característica de ser un tercero diferente al constituyente; en los demás casos, los bienes serán embargables para evitar que se desconozcan derechos de terceros de buena fe, teniendo en cuenta la interpretación legal que llega a la conclusión sobre la procedencia del embargo en los bienes sometidos a propiedad fiduciaria.

Independientemente de la discusión anterior, el derecho tributario entiende, 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 van a pertenecer al fideicomisario.

La obligación de declarar los bienes sujetos a condición, recae en quien potencial o realmente les aprovecha económicamente en su beneficio, lo que se traduce en términos generales el fiduciario. Igual suerte tiene los ingresos que de la explotación de los bienes objeto del fideicomiso civil perciba el fiduciario. Si el fideicomiso fue constituido de forma gratuita, estos ingresos se deben tomar como ganancias ocasionales y aunque la ley no contempla la posibilidad, tampoco la prohíbe.

Argentina

Definición y regulación

La propiedad fiduciaria se encuentra actualmente regulada en el artículo 1666 del nuevo Código Civil y Comercial, promulgado el 7 de octubre de 2014, el cual prescribe:

Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.

La ley 24.441 del año 1994, reguló la propiedad fiduciaria y al respecto es importante señalar que los artículos 1 al 26 se encuentran derogados, y si bien esta norma no se encuentra vigente, los cambios de la nueva regulación no fueron significativos y se conserva en la nueva normatividad la definición de fideicomiso:

Habría fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

Origen y forma de perfeccionarse

Contrato (acto jurídico bilateral) o testamento (acto jurídico unilateral). Se podrá realizar por acto público o privado para los bienes que no requieran formalidad. En el caso de bienes que requieran ser sometidos a registro, se deberá realizar por medio de escritura pública.

Con relación a Colombia, la legislación argentina trae un cambio, de acuerdo con el artículo 1669 si no se realiza la formalidad establecida por la ley, el contrato será válido y se tendrá como promesa de otorgarlo.

Principales efectos

Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria, tal y como lo establece el artículo 1682 del Código Civil y Comercial de la Nación. En este sentido, se constituye un patrimonio diferente del de el fiduciario, fiduciante, beneficiario y fideicomisario. La regulación es muy enfática en reconocer esta diferenciación del patrimonio y las acciones que sobre uno u otro se tienen, adicionalmente establece la posibilidad de la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender las obligaciones propias del fideicomiso y ante esto establece que no se dará lugar a un proceso de quiebra, sino de liquidación ante un juez.

De cara a la protección patrimonial, resulta relevante la conformación de un patrimonio autónomo, esto es que los bienes fideicomitidos, conforman un nuevo patrimonio que es

separado y diferente al patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario, lo anterior, de acuerdo al artículo 1685 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Otro de los efectos relevantes de la constitución del fideicomiso en Argentina, se encuentra en el artículo 1701 del Código Civil y Comercial, el cual establece el dominio fiduciario, definido como

el que se adquiere con 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

Por otro lado, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil que ampare su responsabilidad por los perjuicios que el fideicomiso pudiere causar. En todo caso, responderá con base en el artículo 1757 de este mismo Código.

El fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes

El fiduciario podrá ejercer las acciones de defensa que considere pertinentes para proteger los bienes fideicomitidos, así mismo, podrá gravar estos bienes siempre y cuando el fin del fideicomiso así lo requiera.

Registrar el contrato de fiducia tiene efectos de protección a algunos de los vacíos más importantes de esta nueva regulación, así:

Por una parte, se encuentra el artículo 1699, el cual hace referencia a la obligación de suscribir los contratos en el Registro Público que corresponda, pero la materia no se ha regulado, es decir, no se ha concretado en cuál registro deberá encontrarse el contrato.

Además, existe una preocupación sobre el rol del fiduciario y se ha evidenciado la necesidad de profesionalizarlo, tal y como se hace en el fideicomiso mercantil, pero al respecto la nueva legislación no menciona nada, dejando nuevamente el vacío en la regulación.

Finalmente, se integró una nueva figura denominada cofiduciario, la cual a juicio del profesor Pertierra resultará difícil su aplicación efectiva y rescata el artículo 1674 que asigna al cofiduciario responsabilidad solidaria por el incumplimiento de las obligaciones que se de en el marco del fideicomiso.

Regulación civil vs regulación mercantil

Se debe tener en cuenta que, por la reforma legislativa realizada, la cual se encuentra vigente desde el 1 de agosto de 2015, los códigos Civil y Comercial se encuentra unificados, esto obedece a una necesidad planteada desde tiempos remotos y sustentada por Israel Creimer (2016) como:

la necesaria uniformización del Derecho Contractual en los ámbitos de integración económica, sean ellos europeos o latinoamericanos, requiere el empleo a fondo de los marcos conceptuales de una teoría general del contrato, y el respeto del principio de libertad, subsidiariedad, y autonomía de la voluntad, sin perjuicio de la definición de ámbitos determinados y precisos de protección

Así se consolidó en un solo código dos materias que por años fueron tratadas de forma diferente basándose en sus orígenes particulares y aunque se pueden encontrar rasgos diferenciadores entre el fideicomiso del derecho civil y el comercial, se ha hecho un gran esfuerzo por unificar y sistematizar las materias de que trata cada uno con el fin de no generar normas repetidas, antinomias, vacíos y en general problemas interpretativos.

A partir del artículo 1690, se regula el fideicomiso financiero, el cual tiene como definición legal:

El contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos.

En el artículo anterior, se encuentra la diferencia fundamental de la figura en ambas regulaciones, pues en el caso del fideicomiso ordinario, no se requieren características especiales para ser fiduciario. Por otro lado, en el financiero, se requiere ser un profesional en este negocio, lo que se traduce en ser entidad financiera o sociedad autorizada para realizar estas labores.

Teniendo en cuenta la regulación, sólo mediante un fideicomiso financiero, se podrán emitir certificados de participación y títulos de deuda que son garantizados con los activos fideicomitados, esto, redundando en mayor fluidez en el mercado de capitales, que es, naturalmente un sector especializado que requiere no sólo vigilancia especial de las entidades estatales sino un alto nivel de profesionalización de quienes se desempeñan en el mismo. Además, los certificados de

participación podrán ser ofrecidos podrán ser ofrecidos en el mercado público de valores, aunque nada obsta para que exista un fideicomiso financiero sin emisión pública.

Extinción del fideicomiso

Al establecerse en el Código Civil y Comercial las causales de extinción del fideicomiso, se entiende que lo mismo aplica para la extinción de la propiedad fiduciaria, respecto de los bienes que la integran. Es así como en el artículo 1698 se establece “producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan”

El artículo 1636, establece específicamente las causales de terminación (extinción) del fideicomiso, así:

- a) Por el cumplimiento del plazo o condición a que se hubiere sometido o por vencimiento del plazo máximo legal, que es de treinta años.*
- b) Por revocación del fiduciante, pero sólo en el caso de que hubiera reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efectos retroactivos, lo que significa que todos los actos y contratos celebrados por el fiduciario quedan firmes, no pudiendo el fiduciante desconocerlos. Téngase presente que la ley habla de extinción del fideicomiso, porque si la propiedad de los bienes ha pasado ya definitivamente al beneficiario, éste ostenta un dominio pleno e irrevocable.*
- c) Por cualquier otra causal prevista en el contrato.*

Embargabilidad y conclusiones

Teniendo en cuenta que el patrimonio del deudor es la prenda general de los acreedores, en el Código Civil anterior (ley 340), no se encontraba específicamente una lista taxativa que estableciera la excepción a esta regla general, la única remisión, se encuentra en la reforma realizada al artículo 3878 que se encuentra en el capítulo denominado división de privilegios. Al respecto, el párrafo segundo establece: “cualquiera sea el privilegio del acreedor, no podrá ejercerse sobre el lecho cotidiano del deudor y de su familia, las ropas y muebles de su indispensable uso y los instrumentos” necesarios para su profesión, arte u oficio. Sobre estos bienes tampoco podrá ejercerse el derecho de retención.

Actualmente el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora como novedad, una lista que enuncia los bienes que son excluidos de la garantía general de los acreedores, y es así como en el artículo 344 prescribe:

a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos; b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor; c) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación; d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado; e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que sólo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2178; f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica; g) la indemnización por alimentos

que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio; h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes.

Teniendo en cuenta que el último numeral del artículo anterior deja abierta la puerta a la complementación de la lista por otras leyes. Se podrá interpretar que para el caso del fideicomiso, aunque no se encuentre enunciado en la lista del artículo 747, al tener la característica de conformar un patrimonio autónomo, pues este no será embargable por las deudas que su constituyente, fiduciante o fiduciario tengan de manera personal, en este caso, este patrimonio no será la prenda general de los acreedores y se encontrará sujeto a las reglas establecidas en el mismo Código Civil y Comercial en caso de adquirirse obligaciones insolutas por parte del patrimonio autónomo, estas se sujetarán a las reglas del Código Civil y Comercial.

En la legislación argentina, se evidencia una especial protección de los bienes sometidos a propiedad fiduciaria, pues a diferencia de Chile y Colombia, los bienes que se someten a este régimen conforman un patrimonio autónomo diferente al de las partes que participan en este negocio jurídico, blindándolo casi de manera absoluta contra ataques externos que busquen su detrimento.

Chile

Definición y regulación

El artículo 733 del Código Civil chileno define la propiedad fiduciaria como

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 translación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución.

Origen y forma de perfeccionarse

El artículo 735 del Código Civil, establece 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”

Principales efectos

Se autorizan los fideicomisarios sustitutos en caso de que el designado inicialmente fallezca o no exista al momento de cumplirse la condición, los cuales deben encontrarse designados de forma expresa en el acto de constitución del fideicomiso, esto, descarta entonces la posibilidad de heredar la calidad de fideicomisario o de transferirlo por cualquier otra forma.

Así mismo, el artículo 749 del Código Civil, establece

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

También, se establece que el fiduciario es obligado al pago de todas las expensas extraordinarias para la conservación de los bienes fideicomitidos, dentro de las cuales se incluye de acuerdo al artículo 756 del Código Civil

El pago de las deudas y de las hipotecas a que estuviere afecta; pero llegado el caso de la restitución, tendrá derecho a que previamente se le reembolsen por el fideicomisario dichas expensas, reducidas a lo que con mediana inteligencia y cuidado debieron costar, y con las rebajas que van a expresarse:

- 1. Si se han invertido en obras materiales, como diques, puentes, paredes, no se le reembolsará en razón de estas obras, sino lo que valgan al tiempo de la restitución;*
- 2. Si se han invertido en objetos inmateriales, como el pago de una hipoteca, o las costas de un pleito que no hubiera podido dejar de sostenerse sin comprometer los*

derechos del fideicomisario, se rebajará de lo que hayan costado estos objetos una vigésima parte por cada año de los que desde entonces hubieren transcurrido hasta el día de la restitución; y si hubieren transcurrido más de veinte, nada se deberá por esta causa.

En el caso de las mejoras no necesarias, el fiduciario, no podrá exigir su reembolso, salvo que se haya pactado expresamente con el constituyente, tal y como lo establece el artículo 759 del Código Civil.

La legislación chilena no establece específicamente que los bienes fideicomitidos harán parte de un patrimonio autónomo y otorga al fiduciario la libre administración de estos bienes, caso en el cual podrá disponer de ellos, siempre y cuando se conserve su valor e integridad, así mismo, será responsable de los deterioros que provengan por su acción o culpa.

Regulación civil vs regulación mercantil

Es de los pocos países en Latinoamérica que no regula el fideicomiso mercantil, sin embargo, establece dos modalidades del mismo con el fin de evitar conflicto de intereses relacionados con las autoridades públicas, estos son los denominados fideicomiso ciego y de diversificación.

Extinción del fideicomiso

Tal y como lo establece el artículo 763 del Código Civil, el fideicomiso se extingue:

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 807;*
4. *Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los substitutos;*
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.*

Embargabilidad y conclusiones

Al igual que en las legislaciones anteriormente estudiadas, la necesidad de establecer cuáles son los bienes susceptibles de ser embargados responde a razones de igualdad y justicia, pues, aunque una persona tenga una deuda insoluta, se deben respetar sus bienes esenciales y necesarios que aseguren su óptima supervivencia. En este sentido, tanto el Código Civil a través del artículo 1618 como de Procedimiento Civil en el artículo 445, regulan mediante una lista los bienes inembargables.

Debido a la extensión de ambas listas, se rescata el numeral 9 del artículo 1618 del Código Civil, que establece “la cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

No son embargables:

9. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente”

El Código de Procedimiento Civil, reitera lo mencionado por el Código Civil, relativo a la inembargabilidad de los bienes sujetos al régimen de propiedad fiduciaria en el numeral 14 del artículo 455 así: “No son embargables:

(...) 14. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente (...)”

Se evidencia una gran similitud entre la legislación colombiana y la chilena, pues como se había mencionado al inicio de este análisis, ambos códigos tienen una misma raíz y codificador. Actualmente, la diferencia entre estas legislaciones radica en que, en Chile, continua intacta y no hay discusiones interpretativas al respecto; por el contrario, en Colombia, con la expedición del Código General del Proceso, se abrió la puerta a una nueva interpretación, que como se estudió en el acápite correspondiente, es un tema que sigue en discusión, por la reciente expedición del Código General del Proceso.

En Chile podrá considerarse más fuerte la protección patrimonial de los bienes sujetos a propiedad fiduciaria, esto, porque al no tener dudas de carácter interpretativo, estos bienes no estarán sujetos a ataques de terceros mediante medidas cautelares o procesos judiciales que pongan en riesgo a su titular.

Conclusiones

Aunque la propiedad fiduciaria es regulada por una legislación de hace ya varios siglos, su utilidad se puede evidenciar actualmente, pues sus preceptos se ajustan a un gran número de herramientas jurídicas que buscan proteger y blindar el patrimonio de las personas, esto, de cara al deudor. Si se estudiara la figura desde el punto de vista del acreedor, se podrá encontrar que el mecanismo no es eficiente, pues impide el cobro de la obligación no pagada. En este sentido, se

debe entender que mientras la figura sea destinada a los fines establecidos por la Ley, no habría lugar a tacharla como una herramienta de defraudación a terceros de buena fe; el verdadero problema de la constitución de fideicomiso se encuentra cuando la motivación interna de alguna de las partes no se ajusta a lo previsto por la norma, por ejemplo, cuando se utiliza para defraudar acreedores o herederos.

Las malas prácticas en materia fiduciaria no son exclusivas del campo civil, pues como lo menciona García (2016), las malas prácticas se presentan tanto en fiduciarias públicas como en las privadas, las cuales actúan impulsadas por incrementar sus ganancias. A pesar de parecer un tema completamente regulado, en especial en materia comercial, se encuentran algunos vacíos que el legislador ha querido suplir. Como entidad que supervisa la actividad fiduciaria mercantil, se encuentra en Colombia, la Superintendencia Financiera, quien ha realizado la labor de establecer normas claras y útiles relacionadas con la administración de los negocios fiduciarios; además, mediante la regulación se ha buscado eliminar y prevenir las malas prácticas que se han identificado tiempo atrás.

Así mismo, junto con la propiedad fiduciaria, se encuentran otros mecanismos de protección patrimonial en diferentes áreas del Derecho como familia, civil y tributaria, que pueden ser aprovechadas por las partes interesadas, sin necesidad de recurrir directamente al fideicomiso.

Respecto al carácter inembargable o no de la propiedad fiduciaria, se deben tener en cuenta los diferentes pronunciamientos tanto de la Superintendencia de Sociedades como la de Notariado y Registro, pues aunque realizan pronunciamientos de índole administrativa (normatividad administrativa) en algunos casos, tienen facultades jurisdiccionales; así las cosas, teniendo en

cuenta los diferentes pronunciamientos sobre el tema, se adopta en este documento la tesis propuesta por la Superintendencia de Notariado y Registro, la cual establece que los bienes sujetos a propiedad fiduciaria continúan teniendo la característica de inembargables y que el artículo 626 del CGP no derogó expresa o tácitamente el artículo 1617 del Código Civil.

Dando respuesta a la pregunta de investigación, se concluye a partir de la información obtenida y analizada que la propiedad fiduciaria es un mecanismo que ayuda a la protección patrimonial, pero no es absoluto. Aunque en la indagación preliminar del origen de la figura, podría evidenciarse un ánimo defraudatorio que incluso puede identificarse actualmente en algunos negocios. Se debe tener en cuenta que la constitución de este tipo de figura es lícita y se encuentra regulada en la legislación vigente, motivo por cual no se puede partir de la mala fe cada que se esté al frente de un fideicomiso, se tendrá entonces que realizar otro tipo de investigación que permita identificar las causas internas y externas que llevaron su realización.

Referencias

- Arrubla, J. (2012). *Contratos mercantiles: contratos atípicos*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Asociación de Fiduciarias de Colombia. (2015). *Negocios fiduciarios mercantiles*. En: *Aspectos fundamentales del negocio fiduciario en Colombia* (pp. 63-158). Bogotá: Legis.
- Betancourt, F. (2010). *Derecho romano clásico*. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla.
- Congreso de Argentina. (1869) Código Civil de la Nación Argentina. [Ley 340 de 1869]. DO: sin información.
- Congreso de Argentina. (1994) Ley del fideicomiso y leasing. [Ley 24.441 de 1994]. DO: sin información.
- Congreso de Argentina. (2014) Código Civil y Comercial de la nación. [Ley 26.994 de 2014]. DO: sin información.
- Congreso de Chile (1902). Código de Procedimiento Civil. [Ley 1552 de 1902]. DO: Sin información.
- Congreso de Chile (1857). Código civil. [Decreto con fuerza de Ley 1 de 1855]. DO: Sin información.
- Congreso de Colombia. (1887) Código Civil. [Ley 57 de 1887]. DO: sin información.
- Congreso de Colombia. (1931) Que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables. [Ley 70 de 1931]. DO: 21.706.
- Congreso de Colombia. (1970) Código de Procedimiento Civil. [Decreto 1400 de 1970]. DO: 33150.

Congreso de Colombia. (1996) Por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones. [Ley 258 de 1996]. DO: 42692.

Congreso de Colombia. (2003) Por la cual se dictan disposiciones relativas al único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer<hombre> cabeza de familia. [Ley 861 de 2003]. DO: 45.415.

Corte Constitucional de Colombia. (22 de febrero de 2017) Sentencia C107. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Creimer, I. (2016). Unificación del Derecho Privado Patrimonial. *Revista de Derecho* (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho), (14), 159-177. Recuperado de http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S23936193%20201600%20020000%205&script=sci_arttext

D'ors, A. (1975). *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (2002) Concepto 009255.

Domínguez, J. (1972). *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*. México D.F.: Editorial Porrúa S.A.

García, L. (2016). *Las malas prácticas de la fiducia en Colombia*. (Trabajo final especialización) Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá.

Olivar, E. & Villa, V. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1), 11-20.

Presidente de la República de Colombia (1933). Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. [Decreto 663 de 1993]. DO: 40.820.

Presidente de la República de Colombia. (1971) Código de Comercio. [Decreto 410 de 1971]. DO: 33.339.

Presidente de la República de Colombia. (1989) Estatuto Tributario. [Decreto 624 de 1989]. DO: 38.756.

Superintendencia Financiera de Colombia (1996) Procedimiento previsto en la Ley 80 de 1993 para la selección de sociedad fiduciaria. Estatuto General de la Contratación. Licitación o concurso. Contratación directa. [Concepto 95039286 del 19 de enero de 1996].

Superintendencia Financiera de Colombia (1997). Clases de contratos fiduciarios. Generalidades. Obligaciones. Certificados de registro de garantía fiduciaria. [Concepto 96041669-5 de 1997].

Superintendencia Financiera de Colombia. (2010) Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. [Decreto 2555 de 2010].

Superintendencia Financiera de Colombia. (2014) Circular Básica Jurídica 029 de 2014.

Superintendencia de Sociedades. (2017) Algunos aspectos relacionados con la fiducia civil. [oficio 220-021816 17 de febrero 2017].

Superintendencia de Notariado y Registro. (2017). [Instrucción Administrativa 06 de marzo 15 de 2017].

Superintendencia de Sociedades. (2016) La propiedad fiduciaria no impide las medidas cautelares dentro del régimen de insolvencia. [oficio 220-126109 del 20 de junio de 2016].

Superintendencia de Sociedades. (2017) Inembargabilidad de la propiedad fiduciaria o fideicomiso civil. [oficio 220-111308 del 31 de mayo de 2017].

Villegas, G. (2007). Las garantías del crédito. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.