

FIDUCIA CIVIL COMO EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD



JAIME HUMBERTO ARBOLEDA RESTREPO

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:

ABOGADO

Director

Javier Franco Mongua

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DERECHO

BOGOTÁ, 18/10/2018

Fiducia Civil como Expresión de la Voluntad

Jaime Humberto Arboleda Restrepo

Notas del Autor

Jaime H. Arboleda R., estudiante de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Militar

Nueva Granada.

Bogotá

Financiado con recursos propios

La correspondencia relativa a esta monografía debe dirigirse a Jaime H. Arboleda R., correo

electrónico jharepm@hotmail.com

Fiducia Civil como Expresión de la Voluntad

Jaime Humberto Arboleda Restrepo

Trabajo de Grado para Obtener el Título de Abogado

Tutor

Dr. Javier Franco Mongua

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Centro de Investigaciones Facultad de Derecho

Bogotá, D. C.

2018

Nota de Aceptación

Presidente de Jurado.

Jurado.

Jurado

Dedicatoria

A: Mis padres

Por su lucha constante y su apoyo incondicional

A: Mis profesores:

Por ir más allá del conocimiento al impartir Sabiduría.

Resumen

A diferencia de otras legislaciones como la anglosajona, donde se puede desheredar a un hijo por voluntad, quedando protegido el cónyuge y los menores de edad, para lo cual se reserva una porción obligatoria de la sucesión de (community property). En Colombia, el desheredamiento no es a voluntad, pues tiene razones taxativas en la norma. Art 1266 código Civil, Colombiano. En la legislación anglosajona, no se reconoce la asignación de las legítimas y se reserva en vez, una provisión familiar (Family provision) ordenada por el juez si no fue considerada libremente por el Testador, cuando el derecho civil y de familia en Colombia, si se reconoce las legítimas por ley, así no fueran expresas en un testamento, supliendo la falta de expresión testamentaria con la ley.

La experiencia personal a veces plantea inconformidades frente a la manera como la ley limita la expresión de la voluntad en relación con la disposición de sus bienes al momento de fallecer, pues en tal sentido no hay un ejercicio pleno y libre de los derechos que se ejercen sobre los bienes, viéndose forzados a heredar a quienes a veces, no queremos.

Por fortuna existen algunos mecanismos legales que permiten, bajo cierto límite, ejercer esa voluntad en favor de aquellos que de verdad interesa.

La presente monografía, tiene por objeto validar o no, la teoría que: la fiducia civil o en cargo fiduciario civil puede ser usada como una expresión total de la voluntad; lo que podría, ser mal interpretado como una expresión de la última voluntad, obviar los órdenes sucesorales; dadas las características que tiene la figura antes mencionada.

Palabras claves: derecho, libertad testamentaria, expresión de la voluntad, limitaciones al derecho, fiducia Civil, fiducia Mercantil, sucesiones, negocio mortis causa.

Abstract

Unlike another different law set, like Anglosajon law, or common law. Civil Law and Family law in Colombia, doesn't conceive will freedom; opposite to this, Colombian's law restrict the will, and set it under the succession law.

Sometimes personal experience raises disagreements about the way the law limits the expression of the will, in relation to the disposition of their goods at the moment of death, because in Colombia there is not full freedom setting a will. Being us forced to inherit who sometimes we do not want.

Fortunately, there are some legal mechanisms that allow us, under certain limits, to exercise that will in favor of those that really interest us.

This paper works try to stablish the theory about the *fiducia civil*, can be used as an alternative, to expres the will with total freedom, or not. situation that can be misundertud if you try to obviate the succession disposal.

Tabla de Contenido

| | Pág. |
|--|------|
| Introducción | 10 |
| Capítulo 1..... | 12 |
| Planteamiento del Problema | 12 |
| Objetivos..... | 13 |
| Objetivo general..... | 143 |
| Objetivos específicos..... | 14 |
| Estado del Arte..... | 14 |
| Antecedentes..... | 14 |
| Fideicomiso civil en Europa y Norte América..... | 16 |
| Fideicomiso civil en Latinoamérica..... | 18 |
| Definiciones | 23 |
| Definiciones generales..... | 23 |
| Definiciones específicas..... | 23 |
| Capítulo 2..... | 26 |
| Marco Teórico y Legal..... | 26 |
| Beneficios de la fiducia civil o encargo fiduciario..... | 30 |
| Efectos de la fiducia civil..... | 32 |
| Limitaciones a la Voluntad de Disposición de los Bienes..... | 35 |
| En el régimen de sucesiones..... | 35 |
| Otras limitaciones a la voluntad del testador consagradas en el Código Civil colombiano..... | 38 |

| | |
|--|------|
| Situación en Colombia..... | 48 |
| Libertad de la Voluntad y la Libertad Testamentaria | 53 |
| Inglaterra. | 54 |
| Australia..... | 55 |
| Estados Unidos. | 5656 |
| Negocio Intervivos..... | 57 |
| Teoría de la Propiedad | 59 |
| Sociedad Conyugal, Unión Marital de Hecho y Libre Administración de los Bienes | 60 |
| Diferencia entre fiducia civil y testamento y derecho de sucesiones..... | 66 |
| Conclusiones | 68 |
| Referencias..... | 72 |

Lista de Tablas

| | Pág. |
|---|------|
| Tabla 1 Comparativa del estado de los bienes en la sociedad conyugal y marital..... | 61 |
| Tabla 2 Comparativa entre testamento de fiducia civil y sucesiones intestadas..... | 67 |

Lista de Figuras

| | Pág. |
|--|------|
| <i>Figura 1.</i> Parte interviniente y flujograma de la fiducia en general. | 25 |

Introducción

La legislación colombiana, con fuentes primigenias romanas, aplica el derecho de sucesiones para la transmisión de bienes y derechos; cuando acaece el fallecimiento del causante, existan o no beneficiarios.

El presente trabajo pretende identificar si efectivamente puede usarse otra figura jurídica como la fiducia civil o encargo fiduciario civil a efecto de obviar las limitaciones que impone el derecho de sucesiones a la expresión de la voluntad de una persona, cuando la condición para el cumplimiento del encargo fiduciario es la muerte del causante.

El conocimiento de estos medios alternativos de disposición de los bienes es valioso por cuanto permite tener certeza sobre la orientación del legado, permite la expresión de la voluntad sin limitaciones, asegura y protege los bienes.

El enfoque de la investigación es cualitativo y la metodología es Análisis síntesis ya que se debe analizar diferentes normas y conceptos variados y a veces separados, conocimientos en muchos casos desligados de la ortodoxia jurídica, o descontextualizados y con ello por medio de la Síntesis, llegar juntando todas las partes, logrando una idea global, clara y sintética, obteniendo con ello una conclusión que responda a la cuestión de la investigación.

Las fuentes son bibliográficas, y se pudo contar además con información obtenida de trabajos, tesis y monografías que permitieron acceso a información que no se cataloga directamente en libros.

Capítulo 1

Planteamiento del Problema

Para abordar el tema de la fiducia civil como expresión de la voluntad, y si actualmente ésta tiene un carácter irrestricto como se predica de aquellos que se ejercen como derechos reales, que pueden eventualmente afectar la aspiración sucesoral, propongo usar un método de análisis-síntesis; ya que me permite separar y estudiar conceptos, compararlos, verificar experiencias de otros investigadores, la jurisprudencia, el ejercicio cotidiano del derecho y demás fuentes de información. Buscando datos que corrobore o niegue la tesis planteada con base en la experiencia jurídica en un tema que no ha sido desarrollado de manera amplia jurisprudencialmente, y que ha sido objeto de malas interpretaciones por desconocimiento y falta de aproximación con el tema.

En Colombia, no existe la libertad testamentaria plena, lo que constituye una limitación a los derechos reales ejercidos sobre las cosas. Sin embargo, recientemente y en virtud de las clases de derecho civil, se evidenció la existencia de un mecanismo legal que permite la disposición de los bienes, que parece, de manera irrestricta, sometido a una condición, bajo un mecanismo efectivo, simple y económico, denominado *fiducia civil*, o *fideicomiso civil*.

Al igual que pudiera suceder con la persona que por alguna razón decida enajenar si así lo considera oportuno, todos sus bienes, sin tener que rendir cuentas a nadie, la presente investigación busca determinar si, el mecanismo o figura jurídica de la fiducia civil o fideicomiso civil, sujeto a la condición de muerte del constituyente, opera bajo la misma presunción, o se halla limitado por el derecho de sucesiones.

Como se ha observado incluso desde la descripción general, la fiducia civil o encargo fiduciario civil, es un mecanismo legal para la transmisión de bienes de una persona a otra, en virtud del cumplimiento de una condición Positiva (art 1531 C.C.C) de carácter civil (art 1527), esto es, relacionada a un hecho que se espera se cumpla y es exigible. Cuyo acontecimiento, el advenimiento de la condición, genera una obligación condicional (artículo 1530 del C.C.) que puede ser sujeta a plazo según el tipo de condición impuesta para su materialización y que puede incluso sacar los bienes del comercio e impedir embargos y gravámenes sobre los mismo, (Articul 1678, numeral 8, y Código General del proceso art 594 que remite a la norma especial.)

Si tal mecanismo legal, admitido y traído desde la antigua Roma, como derivación o adaptación del *Mancipatio familiae* donde se encargaba a un *Familiae Emptor* la transmisión de unos bienes a él confiados para tal fin.(Terrazas 1998), puede ser ejercido como un derecho real sobre los bienes (uso abuso goce y disposición). ¿Puede acaso ser usado como expresión de una última voluntad, obviando los órdenes sucesorales por tratarse de un negocio entre vivos?

No creo que con este planteamiento se haya puesto en la palestra una novedad, sin embargo, es un tema que se ha tratado con alguna ligereza, o no se usa por mero desconocimiento de la figura y sus alcances.

En efecto, son múltiples los estudiosos del tema de la fiducia y la fiducia civil, siendo más utilizado y común la fiducia mercantil que no es objeto de este desarrollo, sin embargo, como se anticipó, es oportuno traer en cita, algunos los desarrollos intelectuales al respecto.

En suma, lo que se pretende con esta investigación es determinar si la fiducia civil o encargo fiduciario civil es una herramienta idónea para transferir la propiedad de bienes de manera irrestricta o se encuentra sujeta a otras reglas.

Objetivos

Objetivo general.

Comprender si la fiducia civil o encargo fiduciario civil como herramienta jurídica, puede ser usada de manera irrestricta sobre todos los bienes que una persona posea y si éste mecanismo legal, en virtud de la libre disposición que se tiene sobre un patrimonio y como negocio inter vivos, es irrestricto, lo que eventualmente podría trasgredir los órdenes sucesorales o legítimas.

Objetivos específicos.

- Conseguir un acercamiento a la figura jurídica de la fiducia civil o encargo fiduciario civil, la cual se estudia en clase, pero no a profundidad y así adquirir mayor conocimiento al respecto
- Identificar algunas de las verdaderas limitaciones al ejercicio del derecho real sobre los bienes consignadas en nuestra legislación, como por ejemplo, en este caso, la Fiducia Civil o Encargo fiduciario civil.
- Con respecto al segundo objetivo *conseguir un acercamiento a la figura jurídica de la fiducia civil o encargo fiduciario civil*, desde la comprensión de esta herramienta, poder brindar orientación legal, oportuna y clara como alternativa al testamento; por ser la fiducia civil o encargo fiduciario civil, económico y expedito.
- Unido a lo anterior, creo que este trabajo permite determinar si efectivamente el tema ha sido desarrollado bajo esta óptica por juristas y escritores, estudiosos del derecho y estudiantes o aún se mantiene dentro del límite de lo conceptual y meramente descriptivo o tipológico.
-

Estado del Arte

Antecedentes. En voces del catedrático Rengifo, de la Universidad EAFIT (Rengifo, 2011) la fiducia en el derecho romano se refería a aquel negocio de confianza por medio del cual

se transmitía, temporalmente, la propiedad de un bien a un tercero, para que la tuviera y transfiriera a un tercero o al mismo constituyente, cumplida una condición.

Como vemos, de ésta simple conceptualización se desprender un ingrediente fundamental para esos negocios o encargos, donde la buena fe, la confianza, es el primer ligamento; sobre todo si se refiere a un encargo que espera el cumplimiento de una condición para ser materializado.

La profesora del derecho romano de la Universidad de Salamanca, España, Amelia Castresana en su libro *Fides y Bona Fides: un concepto para la creación del derecho* (Castresana, 1991) explica la importancia de la buena fe, la lealtad en el cumplimiento de lo prometido; para la creación de la relación jurídica en el derecho romano,

En tal sentido, explica la Castresana, que, en el derecho romano, la *fides* supone hacer lo que se dice o cumplir lo que se promete, lo que genera un *estado* que categoriza a quien cumple como hombre de confianza, cumplidor de compromisos.

Tal compromiso, siguiendo la línea conceptual, se aleja de la relación de subordinación entre hombres no iguales descrita por el filósofo del derecho Luigi Lombardi, común en la antigua Roma, para entrar en el terreno de la confianza y cumplimiento del compromiso, unidas a expresiones como *autoritas*, *certitudo*, *testimonium*, *argumentum*, llevando a un concepto más cercano y familiar del *fideicommissum*: que busca no otra cosa que entablar relaciones jurídicas con personas de buena fama, con el fin de generar obligaciones de hacer o no hacer, sobre todo cuando el encargo es mortis causa, *verbis* para los latinos, o sea un contrato verbal, alejado en su momento del *ius civile*. En resumen, un pacto de mera confianza (Castresana, 1991).

Leonor Eugenia Ibarra Díaz, en su tesis doctoral sobre la fiducia en el derecho colombiano (Ibarra, 1981), también retrotrae al derecho romano, explicando la triple aplicación de la fiducia:

En primer lugar como parte del formalismo entre las personas al momento de expresar su voluntad, en segundo lugar en relación a sus bienes, *fiducia cum amico* accesorio al contrato de *muto* y *fiduciae cum creditore* como garantía real al acreedor al entregársele un bien en garantía, y en tercer lugar, en el régimen de sucesiones como un medio de transmisión de derechos como *fiduciae cauce* destinado a que los incapaces pudieran recibir o transmitir una herencia.

Concuera con que, la fiducia es un negocio de confianza, *bonae fidei negotiae*, encaminado a la entrega de un bien o su restitución al cumplirse una condición; por medio de las formas solemnes del derecho civil para la enajenación o sea se habla de *mancipatio* y *la in iure cesio*.

Fideicomiso civil en Europa y Norte América. Entrando en materia del fideicomiso civil o encargo fiduciario civil en Europa, es muy conveniente recordar que ésta figura tiene mucho en común con el fideicomiso comercial; por lo que no debe sorprender que se mencione reiteradamente esta última o se aluda a ella para explicar la situación de la fiducia civil.

Como abreocas del tema de la fiducia civil en Europa, también es oportuno tener en cuenta que, si bien es cierto, como se anticipó, hay elementos comunes, dada su fuente Románica (Ibarra, 1981), el desarrollo que tuvo esta figura en Alemania sentó las bases del *trust* anglosajón, permitiendo una diferenciación muy importante en su extensión y alcance., como se verá a continuación.

Fideicomiso en Alemania. Ibarra (1981), en su tesis doctoral sobre la fiducia en el derecho colombiano, también trae los antecedentes de la fiducia de carácter civil, en los países europeos, denotando la fuente común romana en mucho de los países, incluso anglosajones. En Alemania, explica la autora, a diferencia del derecho romano, donde había un exceso de medio al otorgar al fiduciario poder absoluto sobre el bien transferido en espera del cumplimiento de la condición. La situación es diferente; pues el poder otorgado al fiduciarios es

limitado y condicionado al uso autorizado en el mandato, de tal suerte que de presentarse una transgresión en los límites del mandato, este se disolvía, y generaba la obligación de restituir el bien al fiduciante o a sus herederos. Tornándose en un contrato con plenas garantías jurídicas.

Fideicomiso en España. La doctora Ibarra (1981), con relación al antecedente de la fiducia en España, cita la *wadatio* que no era otra cosa que la transmisión fiduciaria de los bienes muebles, como se denominaban en general los bienes en esa época, al acreedor, con la condición de su restitución al cumplimiento de una condición, como sería el pago de la acreencia, era como una entrega en garantía.

Teniendo en cuenta que, en la época medieval, los contratos no eran tan vinculantes, se crearon figuras con la *wadatio* para formalizar los convenios, y así asegurar los contratos.

Fideicomiso en Inglaterra. El profesor Alfredo Morales Hernández, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, en su escrito expuesto en el XXV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso de 2016 (Morales, 2016), señala que confluyen en el *trust* anglosajón, fuentes tanto románicas como germánicas, donde se destaca el *use* como antecedente más inmediato.

El *use* nace como un mecanismo a través del cual, se legalizaba la tenencia de tierra por parte de particulares, pues en esa época, el rey era el dueño de todo; por lo que no era lógico que particulares poseyeran bienes y tierras. Figura que además permitió que ciertas comunidades o grupos de personas transmitieran a un tercero, de toda su confianza, sus bienes a efecto de evadir obligaciones tributarias o gravámenes sobre comunidades religiosas, estatuto de manos muertas. Así, por ejemplo, los religiosos constituyentes del encargo o *feofor to use* transferían o adquirían a través de un tercero confiable, la propiedad de los inmuebles, obviando las restricciones

legales. En otros casos, dicha medida era usada para la transmisión testamentaria prohibida o buscando la defraudación de obligaciones en detrimento del acreedor.

El trust anglo norteamericano. Siguiendo Morales (2016), el modelo norteamericano también denominado *express trust*, tiene al *trust* como mecanismo jurídico proveniente del derecho anglosajón, de uso común y corriente para todos los ciudadanos. Como un instrumento que permite ejecutar, exigir y garantizar obligaciones y, sobre todo, como herramienta de administración, destinación y disfrute de un patrimonio que trascendió al mundo mercantil y financiero hasta hacerse muy popular en todo el mundo. En tal sentido y citando al autor “el trust es una forma de disposición de bienes a través de la cual las obligaciones y facultades del *trustee* (fiduciario) podrán ser las que determine el *settlor* (fideicomitente), y los derechos del *cestui ue trust* (fideicomisario) aquellos que desee concederle, subordinándolos, si así lo quiere, a la decisión discrecional del *trustee* [cursivas son propias]” (Morales, 2016, p. 22).

Fideicomiso civil en Latinoamérica. Dado que la idea es entender de alguna manera la evolución y permanencia del fideicomiso en américa latina y así poderlo comparar con el fideicomiso en Colombia. Solo se hablará de algunos países, más como marco de referencia que como análisis profundo.

Para el abogado y consultor jurídico financiero Roberto González Torre (González, 2008), obviando el notorio origen románico de la fiducia. La fiducia civil *moderna*, o encargo fiduciario, tiene como punto de origen el derecho anglosajón, pues es el marco legal y de costumbre más popularizado, veamos:

El fideicomiso latinoamericano encuentra su raíz más próxima en el trust desarrollado en los Estados Unidos de América. Roberto Goldschmidt en su obra “Fideicomiso Comparado” destaca que “la contribución más característica y más

valiosa proporcionada por el derecho Angloamericano a la teoría general del derecho, ha sido el fideicomiso (trust) (González, 2008, p. 1).

Del escritor citado, se encuentra otro dato importante que da cuenta del interesante, aunque lento desarrollo de la fiducia o encargo fiduciario en América Latina, que tiene similares características con el *trust*, confianza, anglosajón.

Como una de las conclusiones del doctor González Torre se encuentra que en las legislaciones latinoamericanas es común el triunvirato en las fiducias tanto civiles como mercantiles, (fideicomitente o fiduciante, fiduciario o fideicomisario y beneficiario) resaltando que solo en algunas legislaciones como la colombiana, la figura del fideicomitente y fiduciario pueden confundirse en uno solo (González, 2008).

Otra de las estudiosas del tema del fideicomiso en América latina, la doctora Martha Patricia Hernández Limongi (Hernández, 2013), abogada en derecho y ciencias políticas de la Universidad Santo Tomás de Aquino y relatora de la *guía jurídica de los negocios fiduciarios en Colombia Legis Editores S.A.*, entre muchos otros cargos, concuerda con lo traído de los escritos del doctor González (2008), al fijar también como punto de origen del fideicomiso; una fuente diferente al derecho romano, con la cual comparte definiciones y efectos similares:

Aun cuando resulte paradójico, el *trust* ha tenido una influencia importante en los países latinoamericanos, quienes a pesar de contar con una legislación de origen romano, lo han venido incorporando en su normatividad ajustándolo a sus preceptos de derecho privado, no obstante las diferencias conceptuales de las legislaciones romana y anglosajona (Hernández, 2013, p. 1).

Los primeros países de legislación de origen romano que incorporaron la fiducia a su normatividad fueron Panamá y México. Posteriormente la figura se ha ido introduciendo en las diferentes legislaciones latinoamericanas, siendo la última de ellas la de República Dominicana. Continúa la escritora Hernández, explicando que en el derecho anglosajón el trust tuvo su origen en los *uses*. La palabra *use*, señala Maitland, deriva del latín bárbaro o vulgar *ad opus* que significa “*en su representación*”:

El USE fue utilizado por el pueblo en defensa de las inequitativas y pesadas cargas tributarias que imponía el régimen feudal a los vasallos, el impedimento de las comunidades religiosas de poseer bienes inmuebles de acuerdo al estatuto de manos muertas —statute of mortain—, las transmisiones testamentarias prohibidas o en fraude a acreedores y para proteger a un caballero que partía a las cruzadas y transfería sus bienes a una persona de confianza en beneficio de su esposa y sus hijos, tal como se utilizó en Roma el pactum cum amico por las personas que se unían a una legión. (...)

En sus orígenes el use era creado por convenios verbales y se utilizaba para la transferencia de la propiedad de tierras que una persona, cestiu que use, hacía a otra persona, feoffe to use, en beneficio del propio cestiu que use, o , de un tercero, con el compromiso de que el uso y goce de la tierra radicara en cabeza de quien la transfería, aun cuando la propiedad la tuviera el que la recibía, en virtud de la confianza y la buena fe (Hernández, 2013, p. 13 y 47).

De lo anterior se colige que, desde el punto de vista práctico, el fideicomiso mercantil se hizo más popular en virtud de que fue el sistema financiero quien prestó importancia a esta figura y la

desarrolló a conveniencia, quedando la fiducia civil relegada a aquellos que conocieran sus beneficios.

Tal como lo expresara González (2008) jurista y estadista panameño y la doctora Hernández (2013), la fuente moderna y común de la fiducia en Latinoamérica se enraíza en el derecho anglosajón en el *trust*, por lo que, la dinámica jurídica de los países andinos y de influencia andina, ha sido más o menos equiparada.

Fideicomiso en Panamá. Se inicia por hablar de Panamá, pues fue uno de los primeros países en adoptar en su legislación la introducción del fideicomiso civil. Tal cambio se produjo en virtud del esfuerzo del jurista y expresidente Ricardo Joaquín Alfaro Jované, quien en 1920 sustentó la necesidad de *introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante, al trust del derecho inglés* (Alfaro, 1920) dando a luz la Ley 9 del seis de enero de 1925, ratificada en 1941 con leves modificaciones por la Asamblea Nacional y pasa a ser la Ley 17 de 20 de febrero de 1941.

Dicho trabajo jurídico y legislativo recogió las fuentes del derecho anglosajón, que no las romanas, modernizando y facilitando esta clase de negocios jurídicos en Panamá. Logrando con su difusión en diferentes medios internacionales, influir en la institucionalización del mismo mecanismo en el país mexicano para 1926

aunque uno de los redactores de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, que vendría luego en 1932, reconoce la influencia de las ideas de Pierre Lepaulle (González, 2008, p. 1).

Fideicomiso en México. Gustavo Americo Esparza en su *Fideicomiso, introducción a un estudio comparado de la legislación Argentina, Méjico y Panamá* (Esparza, 2006) anota que para la legislación *Mejicana* la inclusión de una figura inspirada en el *trust*, se avino como fruto

de la emisión de *bonos del tesoro americano* para la construcción del ferrocarril, por lo que, el uso de la figura jurídica del *trust* angloamericano es más que evidente, unido a lo anterior, la impulsión de la figura denominada fideicomiso, adelantada en Panamá por el jurista y expresidente Ricardo Joaquín Alfaro Jované en Panamá, marco las pautas que dieron origen a la Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos financiero de 1924, luego consignada en la Ley de 1932 en la Ley General de títulos y operaciones de crédito.

Juan Manuel Peire, redactor del diario de doctrina y jurisprudencia *el derecho* de la Universidad Católica Argentina (Piere, 2017), acota datos muy importantes sobre el fideicomiso mexicano, donde la ley específica la salida de los bienes del patrimonio del fideicomitente una vez constituido el fideicomiso, o por lo menos gravados en favor del fideicomisario.

Señala el sentido amplio de la figura en relación con los bienes que pueden ser objeto de fideicomiso, excluyendo los derechos estrictamente personales o aquellos que simplemente no pueden transmitirse, en relación con el ejercicio del fideicomiso, el patrimonio afectado por él no podrá tener más destino que el designado en el encargo, lo que embona con el criterio del *trust* sobre el poder ejercido por el fiduciario, que es limitado a diferencia del amplio ejercido en el derecho Romano.

Fideicomiso en Argentina. El escrito y jurista Peire (2017) viene bien para hablar sobre el fideicomiso en Argentina. Lo primero que se observa es que, en dicho país, al igual que en Colombia, el fideicomiso civil es una herramienta desaprovechada.

La legislación argentina recoge la figura del código napoleónico, y se tiene como el dominio imperfecto que se adquiere por contrato bajo una duración determinada, sometida a condición

con el objeto de entregar una cosa, y es un dominio imperfecto precisamente porque está limitado a las condiciones del contrato.

Definiciones

Definiciones generales.

Fiat: voz latina, confianza, consentimiento o mandato para que una cosa tenga efecto” (Lean, 2012, p. 188).

Fiducia. La definición que trae el diccionario de la Real Academia Española, RAE (RAE, 2014) sobre la fiducia, atañe a la confianza:

También como un “negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiera a uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrar o enajenar para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o un tercero llamado beneficiario o fideicomisario” (Lean, 2012, p. 188).

Anticuado sinónimo de confianza, en el *derecho romano*: “contrato traslativo de la propiedad de una cosa al acreedor, por la mancipación o cesión judicial de la misma, con la promesa que el acreedor hacía de restituir la cosa luego que hubiere sido pagada” (Enciclopedia Jurídica, 2014a, párr. 2).

Fideicomiso. Disposición de la última voluntad en virtud de la cual el testador deja sus bienes o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir, ésta a su vez o al cumplirse determinada condición, o plazo, trasmita la herencia u otro heredero o Invierta el patrimonio del modo que se le señale (Cabanellas, 2003).

Definiciones específicas.

Fiducia civil. El Código Civil colombiano, en el título 8, en el artículo 793, numeral 1. habla sobre la limitación del dominio sobre los bienes y en especial sobre la propiedad Fiduciaria, así, dicho articulado explica que una de las vías por las cuales, puede limitarse ese dominio es porque dicho bien habrá de pasar a otra persona en virtud del cumplimiento de una condición. Tal gravamen, el de estar sujeto al cumplimiento de una condición para que el bien sea transferido a otra persona, es lo que el artículo 794. Llama *propiedad fiduciaria* (Tafur, 2017).

Teniendo en cuenta lo anterior se puede decir que en Colombia la fiducia civil, propiedad fiduciaria o encargo fiduciario civil es un mecanismo legal de limitación. protección y organización del patrimonio de una persona natural o jurídica, que, eventualmente y el por cumplimiento de una condición preestablecida, puede pasar a manos de otra persona.

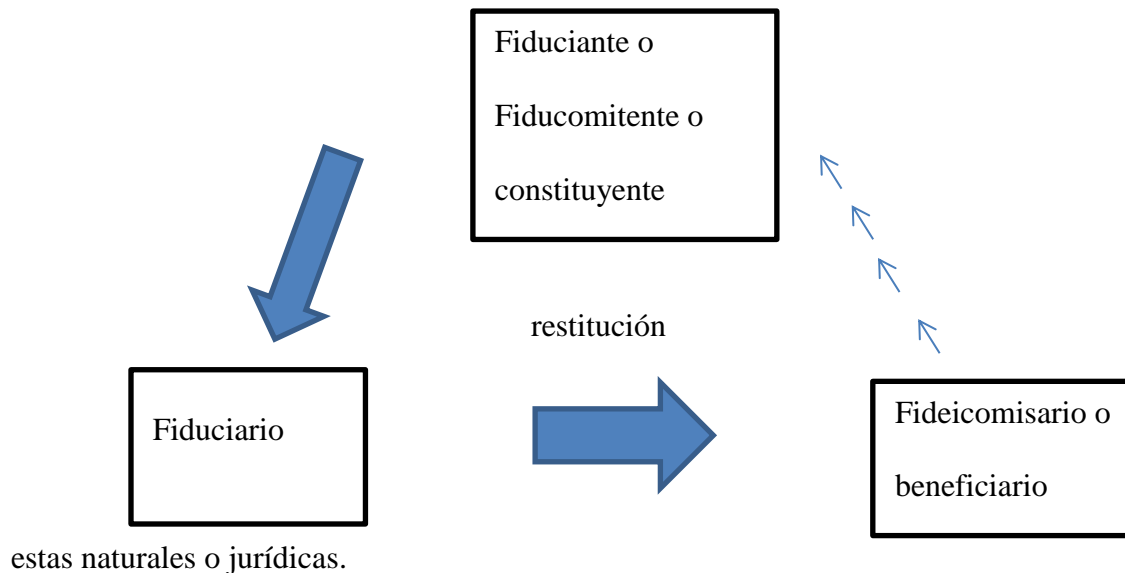
La Superintendencia de Sociedades de Colombia también conocida como Supersociedades, dando respuesta a un derecho de petición en grado de consulta en el año 2017, explica que la fiducia civil es una modalidad de dominio con la que se limita el carácter de propiedad del fiduciante o constituyente, referida al artículo 794 del Código Civil que establece: “Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición” (Supersociedades, 2014, p. 1).

Por lo que siguiendo la línea explicativa de la Supersociedades, la constitución de éste mandato fiduciario se denomina fideicomiso. Nombre que también adquiere e identifica a los bienes objeto del contrato, o sea el objeto material que será entregado al beneficiario en restitución. Así pues, la entrega de la cosa a su destinatario es la restitución, (Supersociedades, 2014).

Además de la intervención de las tres personas, fiduciante, fiduciario y Beneficiario, ésta figura requiere de una condición que sea posible de cumplir, cualquiera que ella sea. Dicha condición puede ser, por ejemplo, la muerte de la persona que constituye el fideicomiso civil, la mayoría de edad de un hijo/a, el matrimonio de la hija/o, etc. Y, una vez se cumpla la condición, los bienes cambian de propietario/a.

De esta manera, la fiducia civil, se constituye en una herramienta que permite, no solo proteger de embargos o gravámenes, un bien específico por ser ésta una limitación a la propiedad, sino que, en resumen, puede ser una manifestación de la voluntad que eventualmente puede suplir figuras como el testamento, que por generar costos y requerir de la acción de abogados, es onerosa.

En la Figura 1 se describe el orden, lugar de las personas participantes en la fiducia civil, sean



Capítulo 2

Marco Teórico y Legal

Cuando se aborda el tema de la fiducia civil o fideicomiso civil, como expresión de la voluntad y la condición para su cumplimiento se sujeta a la causa de muerte del constituyente propietario o Fideicomitente, salta al escenario la duda en relación con la aspiración sucesoral y al derecho de sucesiones. Por lo que se debe entrar a comprender que es lo uno y que es lo otro.

Al respecto nuestro Código Civil, en el capítulo sobre los bienes y de su dominio, posesión y uso, específicamente consagrada en el Título VIII *de las limitaciones del dominio y primeramente de la propiedad fiduciaria* en los artículos 793 a 822. El dominio puede ser limitado de varios modos: “...1o.) Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición...” (Congreso de la República, 1873, Título VIII, art. 793, párr. 1). Igualmente, define taxativamente que es la propiedad fiduciaria, el objeto del fideicomiso, y quien puede constituir ese mandato.

ARTICULO 794. PROPIEDAD FIDUCIARIA. Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición.

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución.

ARTICULO 795. OBJETO DEL FIDEICOMISO. No puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos.

ARTICULO 796. CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO. Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario. (subraya fuera del texto original) (Código Civil, Colombiano, 1873, Título VIII, arts. 793-796).

La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente registro.

Para poder redondear la comprensión de fiducia civil o encargo fiduciario se debe comprender que es un negocio jurídico, por lo que se echa mano de lo explicado por el señor Luis Rafael Palacios Ochoa, en su monografía sobre el negocio jurídico (Palacios, s. f.), de donde se pudo extraer lo siguiente a manera de resumen:

La fiducia civil o encargo fiduciarios, es, en suma, un acto entre vivos, gratuito, Bilateral, típico (nominado), principal, negocios abstractos por ser sometidos a una solemnidad y por eso son solemnes, Llamados también *formales* ya que en ellos la voluntad ha de ser manifestada bajo una *forma* determinada para que produzca efecto jurídico, De vía directa, a Título singular: porque recaen sobre bienes individualmente, es de ejecución instantánea.

Aquí es importante recalcar que la legislación colombiana, a diferencia de otras vecinas, permite que el fiduciante y fiduciario, eventualmente se confundan en una sola persona, situación poco frecuente en las legislaciones vecinas; lo que atrajo la atención del jurista y consultor Gonzales Torre, ya citado en la página 13, lo que constituye en sí una novedad jurídica en la región.

Tal situación, en la que se pueda confundir el fiduciante con el fiduciario fue tomada en cuenta en el código civil, en el artículo 807 que advierte que:

Cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos (Congreso de la República, 1873, Título VIII, art. 807, párr. 1).

Como ya se empieza a notar, la fiducia civil o encargo fiduciarios civil, es una herramienta legal y válida para la disposición de los bienes en ejercicio de los atributos que puede ejercerse sobre las cosas sin aparente limitación (derecho reales, explicados por Valencia Zea), lo que a todas luces parece un claro ejercicio de la libertad de la voluntad, sin embargo en relación a la fiducia civil o encargo fiduciarios civil, cuando la condición para cumplir el encargo es la muerte del fiduciante o fideicomitente, siempre nace la duda si tal disposición atenta contra el régimen de sucesiones, (Valencia Z Y Ortiz M, 1994).

En principio es fácil preconcebir que la fiducia civil o encargo fiduciario civil, no atenta contra el régimen de sucesiones, pues se encuentra ante un negocio civil, igual a cualquiera otro de los negocios permitidos por la ley en ejercicio, como ya se ha insistido del goce, uso y disposición. Un ejercicio de derechos reales sobre las cosas cuyo límite se afina en la legalidad de los actos y la ley.

Sin embargo, hay que adentrarse al tema para poder entender a plenitud la figura, pues nuestro esquema de derecho con fuente románica impone una serie de condiciones y limitaciones que sigue persiguiendo la protección de la familia y la permanencia de las estirpes.

Unido a lo anterior, y hasta este punto de la investigación la fiducia civil o encargo fiduciarios luce muy atractivo pues además del bajo costo que representa su constitución, sirve como

mecanismo de salvaguarda de los bienes, para sacarlos del comercio, impedir su embargo entre otros.

La condición por causa de muerte para la restitución del encargo de fiducia civil se encuentra expresamente contemplada en el Código Civil colombiano:

ARTICULO 800. TERMINO DE LAS CONDICIONES. Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida, *a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución* [cursivas son propias] (Congreso de la República, 1873, Título VIII, art. 800, párr. 1).

Estos treinta años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria.

En auxilio de lo antes citado, se encontró en internet un aporte *tomado de la consulta virtual* fundación Luis amigó que cita el trabajo adelantado por el jurista Juan Rafael Bravo, donde clarifica que la condición para el cumplimiento del encargo fiduciario es y puede ser la muerte del fiduciante

Para tal fin, el jurista explica que las disposiciones a día que no equivalgan a condición, conforme las reglas para las asignaciones testamentarias, artículo 801 del Código Civil, no constituyen fideicomiso, pero aquellas disposiciones a día que equivalen a una condición, si pueden ser un fideicomiso

Así las cosas, continua el aparte, se puede encontrar el concepto de condición para la el encargo fiduciario, pero en el artículo 1138 y sus siguientes del Código Civil donde se aclara que, con relación al término, el día para el cumplimiento de una condición puede ser cierto pero indefinido o indeterminado, como quien dice, necesariamente va a ocurrir, pero no se sabe cuándo, por ejemplo, el día de la muerte de una persona.

Finalmente, el artículo 1143 del Código Civil. Dice que la asignación desde día cierto pero Indeterminado es *condicional*; por lo cual, para efectos de la propiedad fiduciaria, la condición puede ser la muerte de una persona (Bravo, 1986).

Así las cosas, la propiedad fiduciaria contemplada en el título VIII del libro segundo del Código Civil colombiano, artículos 793 y siguientes, autoriza expresamente la libre disposición de los bienes a voluntad del Fiduciante, lo que le permite a éste enajenar la propiedad en negocio entre vivos, o por causa de muerte sin limitación alguna. Mandatado que será consignado en escritura pública, conforme lo dispone el artículo 793 de la misma norma y anotado en folio de matrícula de tratarse de bienes sujetos a registro.

Beneficios de la fiducia civil o encargo fiduciario. Como se verá, los beneficios de la fiducia civil no se encuentran catalogados como tal en ningún escrito, sin embargo, se pueden sustraer de su descripción tipológica o por simple deducción lógica, tal como, efectivamente lo hizo la abogada Patricia Child, en su blog sobre asesorías jurídicas y conveniencia del fideicomiso civil para protección de los bienes (Child, 2011).

El escrito antes citado es de gran ayuda para poder comprender desde la óptica práctica en el ejercicio diario del derecho, los beneficios o ventajas que puede traer una figura como el fideicomiso civil, por lo que, entre las bondades que se pueden observar, se encontró:

- La fiducia civil permite asegurar de manera confiable la transmisión de una herencia o patrimonio, por ser legal, Puede asegurar en forma efectiva y confiable la transmisión de su herencia o patrimonio por ser una figura formal y solemne.
- Puede Estar constituida tanto sobre bienes muebles como inmuebles.

- A futuro puede garantizar en virtud de la condición que da origen a la restitución, la educación y el futuro de los descendientes ya que saca del comercio los bienes objeto de fiducia.
- Es económico frente a los gastos que representa la apertura de un testamento, en el mejor de los casos, o frente a un proceso de sucesión, que puede ser largo y costoso
- Contablemente puede generar ahorros ya que la transmisión de los bienes es a título gratuito, o sea, es una donación sometida a condición.
- Al exigir al notario el cumplimiento de lo estipulado en el contrato de fiducia en especial sobre los bienes sujetos a registro, se ahorra tiempo, con ello dinero y se reduce la posibilidad de enfrentamientos entre los familiares o terceros interesados.
- Puede hacer legados a personas designada y que no necesariamente estén en el orden sucesoral colombiano, sin la incertidumbre de que les sean anulados sus derechos.
- Evita tener que constituir sociedades comerciales para el manejo de bienes.
- Pueden incluirse bienes hipotecados hasta la parte objeto de hipoteca o prenda sin que los beneficiarios de esos gravámenes pierdan sus privilegios legales. Aquí opera para los remanentes que se van liberando.
- Las personas fideicomisarias o beneficiarias de los fideicomisos civiles necesariamente no tienen por qué conocer el contrato que les favorece.
- Puede reservarse la administración y el usufructo de los bienes mientras viva ya que en la legislación colombiana se pueden confundir el fideicomitente y el fiduciario.
- Los bienes son inembargables siempre y cuando el fideicomitente y el fiduciario no se confundan. Ahora bien; esto no exime ni libra al deudor moroso de que se le inicie un ejecutivo con medidas previas de embargo, aunque sin efectos.

Efectos de la fiducia civil. Como se ha visto, este acto es solemne, y genera unos efectos sobre la propiedad de los bienes que se pretende transmitir en virtud del mandato una vez se cumpla la o las condiciones establecida, por ello se debe conocer que:

Sobre los bienes muebles. Con relación a los bienes muebles, el efecto es la traslación de dominio una vez cumplida la obligación estipulada.

Reserva o custodia los muebles de venta o transacción alguna, en tal sentido quedan asegurados hasta el cumplimiento de la condición.

Obligación del fiduciario de restituir el bien cumplido la condición.

En relación con los bienes inmuebles y los sujetos a registro.

- Obligación del fiduciario de restituir el bien cumplida la condición
- La existencia de anotación o registro de existencia y libertad de los inmuebles o vehículos.
- Los bienes inmuebles y o vehículos en cuyo registro se consignó la fiducia, salen del comercio.
- Dicho registro significa la inembargabilidad del bien conforme los lineamientos del artículo 1677 del Código civil, numeral ocho erradicadas por error del legislador del artículo 594 del código general del proceso

Este último punto es de primordial importancia ya que es la parte que ha sido reiteradamente atacada por jueces de la republica quienes en sus fallos ordenaban a raja tabla a los registradores levantar las medidas de protección emanada de la fiducia civil y proceder al embargo de los bienes sujetos a encargo fiduciario, pero por fortuna y gracias al concurso del jurista Juan Pablo Fajardo Rojas, abogado colombiano; quien a punto de derechos de petición y acciones de tutela logró de la Superintendencia de Notariado y Registro un pronunciamiento que hoy conocida

como *instrucción Administrativa N. 06 del 15 de marzo de 2017*: advirtiendo y aclarando entre otras cosas, el carácter de inembargable de los bienes sujetos a fiducia civil .

Al respecto como es natural, es oportuno traer un aparte:

resulta claro que la norma transcrita, que no ha sido derogada ni expresa ni tácitamente por ninguna otra, expresamente establece que los bienes objeto de fiducia civil son inembargables. Adicionalmente es importante resaltar que el legislador no contempló excepción alguna al carácter de inembargable siempre y cuando se presenten todos los elementos constitutivos de la propiedad fiduciaria. Es así como los registradores de instrumentos públicos, con respecto a la inembargabilidad de los bienes en virtud de los cuales se constituye un fideicomiso civil, deberán dar aplicación estricta a las normas anteriormente transcritas” (Vélez, 2017, p. 3).

Y culmina la mencionada Instrucción Administrativa señalando, gloriosamente, que “La presente instrucción administrativa deroga cualquiera (sic) otra instrucción o concepto que le sea contraria (Vélez, 2017, p. 3).

Ahora bien, dicha inembargabilidad del fideicomiso, tan atacada por jueces en sus fallos, no es del todo absoluta, pues para que el fideicomiso conserve su inembargabilidad debe cumplir con los presupuestos de la figura, esto es, entre otras contar con tres intervinientes a saber:

fiduciante + fiduciario + Beneficiario

Fideicomitente + Fiduciario + Fideicomisario

Es cierto que nuestro ordenamiento legal permite, a diferencia de otros países donde se usa la misma figura, que el fiduciante y el fiduciario se puedan confundir en una sola persona, pero tal

singularidad trae consigo la posibilidad de defraudar intereses de terceros frente a un bien objeto de propiedad fiduciaria que no ha sido trasladado al fiduciario para su administración.

Lo anterior explica en que el bien nunca salió de la esfera de dominio del Fiduciante ya que es el mismo fiduciario, por lo que, frente a terceros, se desnaturaliza la función del fideicomiso. En efecto, la sentencia de tutela n.º T25.430 del 9 de mayo de 2006, con ponencia del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, explica de manera meridiana, en qué caso es embargable la propiedad fiduciaria en los siguientes términos:

El Tribunal demandado en su providencia aceptó 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...

...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 Constitucional, 2006; citado por Lexbasesa, 2017, párr. 20).

A si las cosas, de la sentencia de tutela arriba citada, se puede determinar que la propiedad fiduciaria puede ser embargada cuando se confundan en una sola persona el fiduciante y el fiduciario, en protección de intereses de tercero.

Parece claro en este punto que la fiducia civil o encargo fiduciario civil es una expresión del derecho real ejercido sobre los bienes en Colombia. Sin embargo, existen dentro del marco normativo del orden público, límites a ese ejercicio que afectan a la fiducia civil o encargo fiduciario; de tal suerte que la libre disposición no es, como se ha anticipado absoluta, sino relativa, veamos:

Limitaciones a la Voluntad de Disposición de los Bienes

En el régimen de sucesiones. Para abordar el tema sobre las limitaciones a la voluntad del causante frente a la disposición de sus bienes, expresas en el Código Civil colombiano, viene muy conveniente traer a colación el aporte académico del investigador Alexander Guerrero Reyes de la Universidad Católica de Colombia quien, a manera de resumen explicativo, señala:

Etimológicamente la palabra sucesión tiene como origen los términos del latín “successio, sucesiones” que significan: a) “Entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra. b) Entrada como heredero o legatario en la posesión de los bienes de un difunto. c) Conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles a un heredero o legatario. d) Descendencia o procedencia de un progenitor. e) Prole, descendencia directa “forzosa”: la que está organizada preceptivamente, de modo que el causante no pueda variarla ni entorpecerla; “intestada”: la que se verifica por ministerio de la ley y no por testamento; “testada” la que se difiere y regula por la voluntad de la causante declarada con las solemnidades que exige la ley (Mora, 2014, p. 34).

Efectivamente, la legislación colombiana prácticamente desde la codificación adelantada por el jurista Andrés Bello, ha descrito claramente las definiciones, limitaciones y ejercicio del derecho de sucesiones, recalcando su carácter de limitante en el ejercicio de la voluntad de una

persona sobre sus bienes. Y frente a los beneficiarios de ésta; la materialización de las expectativas de heredar o recibir del causante: Código Civil en el libro tercero *de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*. -título I al título XII, artículos del 1008 al 1442 reglamenta lo concerniente *de las sucesiones por causa de muerte*.

Del artículo 1443 al 1493 del mismo libro se regula lo concerniente a las *donaciones entre vivos*, esta última no sin ciertas críticas pues la donación entre vivos no sería en suma un acto mortis causa sino un contrato, negocio entre vivos, referente a obligaciones y contratos en general.

Las generalidades de este hecho jurídico, muy diferente al acto o negocio jurídico de la fiducia civil o encargo fiduciarios, fueron resumidas por el investigador Mario A Echeverría Esquivel de la universidad libre de Colombia, aporte que permitirá más adelante hacer un comparativo simple sobre las dos figuras, al respecto, el investigador explicó:

CARACTERÍSTICAS DE LA SUCESION 1. Es un hecho jurídico. 2. Es un modo de adquirir por causa de muerte. 3. En un modo de adquirir derivativo y de efecto Traslaticio. 4. Implica continuidad entre el de cujus sucesor, en la titularidad de la relación activa y pasiva. 5. Es a título gratuito. 6. Los asignatarios son voluntarios. 7. Se transmiten bienes a título singular o universal. 8. Siempre hay difunto, herencia y asignatario. 9. Nace con la muerte. 10. Se basa en la organización familiar. 11. Toda persona fallece y la sucesión es en forma testada, intestada o mixta. 12. Toda persona puede disponer de sus bienes (transmitirlos), conforme a la ley. 13. Se adjudican los bienes sin atender su origen, sexo ni progenitura. 14. La adquisición de esta forma puede ser de incremento patrimonial y que depende de la voluntad del llamado 15. Salvo voluntad expresa,

se presume que todo asignatario acepta con beneficio de inventario 16.
Administran la herencia los Albaceas con tenencia de bienes o los Herederos 17.
Es un fenómeno de interés económico de los llamados a la sucesión (H. y L.). 18.
Los acreedores conservan todos sus derechos y garantías 19. Se trasmite una
universalidad jurídica. 20. Se inicia con la muerte y termina con la Partición y
Adjudicación, aprobada judicialmente⁴ (Corte Suprema de Justicia, 1970; citado
por Echeverría y Echeverría, 2011, pp. 14-15).

La limitación de la voluntad en relación con el régimen de sucesiones, a diferencia de la fiducia civil o encargo fiduciario civil es de tal magnitud que incluso señala un régimen de asignaciones testamentarias forzosas: la porción conyugal, los alimentos que por ley les corresponden a ciertas personas, las legítimas, y la cuarta de mejoras. Sin olvidar que se debe atender los órdenes sucesorales prescritos en los artículos 1045 (modificado por la ley 1934 de 2018, en lo referente a que descendientes de grado más próximo excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.) a 1051 del Código Civil colombiano.

De hecho, la única *libertad* permitida al causante o futuro causante radica en la posibilidad de suscribir un testamento bajo los criterios del artículo 1055 del Código Civil, donde debe respetar el orden sucesoral, las asignaciones forzosas y disponiendo en ultima, de lo que anteriormente era la cuarta de mejoras, y que ahora gracias a la modificación introducida al código Civil por la ley 1934 de 2018, corresponde a la mitad, pues el artículo 1242 del Código Civil, ordena que; de haber legitimarios, luego de las deducciones y agregaciones de ley(art 1016 y 1243 al 1245) , la mitad de los bienes, va para éstos, y la otra mitad restante, constituyen la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio..

Otras limitaciones a la voluntad del testador consagradas en el Código Civil

colombiano. Para hacer aún más palpable las limitaciones a la voluntad en el ejercicio de la disipación de los bienes de una persona, relacionadas con el régimen de sucesiones, y el testamento como expresión de la voluntad de disipación. El artículo 1226 del Código Civil colombiano, limita la voluntad del testador, obligándolo a seguir las directrices consignadas en las asignaciones forzosas como una medida de protección a la familia, al patrimonio y en resumen al Estado; cuando no hay herederos pues dicho patrimonio beneficiaria a al Instituto de Bienestar Familiar.

Así las cosas, cuando el testador o futuro causante pretende disponer de sus bienes por vía de un testamento conforme el artículo 1055 del Código Civil, se encuentra limitado por el régimen de sucesiones, y su patrimonio, dispuesto ya sea como herencia cuando es a título universal y/o legado cuando se trata de una asignación singular y concreta. Tal como lo señala el artículo 1011 del mismo libro.

Como puede apreciarse, el testador sometido a las reglas sucesoras por imperio de la ley no puede hacer otra cosa que arbitrar la disposición de sus bienes, pues como ya se ha podido aprender, su derecho no es absoluto; por lo que se colige que su libertad se reduce a otorgar o no un testamento, ya que esta facultad es indelegable según el artículo 1064 del código, civil quedando como verdadera manifestación de la voluntad, disponer de la mitad de libre disposición de que trata el reciente reformado artículo 1242 del código civil.

Efectivamente esta limitación no es ninguna novedad, por el contrario, ha sido materia de estudio como por ejemplo lo señalado por el doctrinante Roberto Ramírez:

Los alimentos y la porción conyugal tienen carácter alimentario, y revisten la naturaleza de créditos hereditarios cuyo descuento previo procede antes de

alcanzar la liquidez del acervo herencial; las legítimas y la cuarta (mitad ahora) de mejoras son verdaderas asignaciones mortis causa o sucesorales (Ramírez, 1999, p. 150).

Otra de las limitaciones que ha venido comentando habla sobre las asignaciones alimenticias o alimentarias que se deben a ciertas personas:

De las asignaciones alimenticias que se deben a ciertas personas. Esta imposición reconoce las obligaciones de alimentos que se debe a las personas enumeradas en el artículo 411 del Código Civil, así como los artículos 31 de la ley 75 de 1968 y 1.º de la ley 29 de 1982. Lo anterior por cuanto los alimentos adeudados desde el momento de la demanda y los que señale el juez en su fallo, harán parte de los pasivos que se enfrente a las acreencias a cargo de la masa sucesoral o herencia, a menos que hayan sido estipulados en un testamento. Teniéndose como asignaciones forzosas, a la luz de la nueva ley 1934 del 2 de agosto de 2018, que las mantiene como tal.

A pesar de dicha limitación, el artículo 1227. Sobre las obligaciones alimentarias del testador, los alimentos debidos dejan de gravar la sucesión cuando dicha obligación es legada a ciertas personas a cargo del legado a la herencia. Algo muy parecido ocurre con aquellas obligaciones alimentarias a personas que por ley no tienen derecho a ellas, caso en el cual, se puede echar mano de la cuarta de libre disposición, ejerciendo en este caso, un verdadero ejercicio de la voluntad del testador.

La porción conyugal. Tenida como otra asignación forzosa por el artículo 1226 , recién reformado por la ley 1934 del 2 de agosto de 2018, es otra de las limitaciones a la voluntad que afecta la libre disposición de los bienes radica en la protección que nuestra legislación consagra

en favor del cónyuge o compañera o compañero permanente, que es un verdadero crédito o acreencia que pende sobre el patrimonio de la sociedad conyugal o unión marital de hecho.

En efecto, el artículo 1230 del Código Civil dice que: “la porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia” (Congreso de la República, 1873, Capítulo II, art. 1230, párr. 1).

Es más, existe un reconocimiento previo a este derecho, previo incluso a que aconteciera la muerte del causante, cuando el artículo 1232 expresa que la “carencia de bienes anterior al fallecimiento del cónyuge. El derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, y no caducará en todo o parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciera el cónyuge sobreviviente” (Congreso de la República, 1873, Capítulo II, art. 1232, párr. 1).

Al respecto, la legislación es clara al señalar previamente el monto de la porción dada o reconocida al cónyuge como porción conyugal, correspondiente a la cuarta parte de los bienes de la persona difunta o causante conforme el artículo 1236 del Código Civil, a excepción en el caso de existir descendencia cuyo evento se tiene al cónyuge como un hijo más.

Las legítimas. Tenidas como una asignación forzosa por el artículo 1226 del código Civil, recientemente reformado por la ley 1934 del 2 de agosto de 2018, a cargo del testador o suplida por la ley en su defecto; encuentra mejor explicación al traer un aparte de lo analizado por el jurista y Catedrático Roberto Suárez Franco, de la Universidad Javeriana, en su libro *Derecho de sucesiones* donde explica:

Conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil establece que la legítima es una asignación hereditaria forzosa, “que limita la libertad del causante para disponer, de sus bienes, por causa de muerte, de los

que constituyan su patrimonio al momento de fenecer su vida pero que no restringe su libertad jurídica de contratación o disposición intervalos, salvo la excepción concerniente al caso de las donaciones efectuadas por quién tenía a la sazón legitimarios, las que si fueron hechas a legitimarios han de colacionarse, a la muerte del causante, para el computo de las legítimas y de la cuarta de mejoras en su caso (Art. 1243 del Código Civil y Art. 23 ley 45 de 1936), y si fueron hechas a extraños habrá de colacionarse el exceso que en ellas resulta, para que si este menoscaba las asignaciones forzosas puedan los legitimarios proceder contra los donatarios, para la restitución de lo excesivamente donado, en la forma que determinan los Art. 1244 y 1245 del Código Civil (Suárez, 1999, p. 303).

La cuarta de mejoras aquí mencionada, sufre un cambio radical, que favorece la libertad de disposición de los bienes, cuando la reforma al código civil, lograda por la ley 1934 del 2 de agosto de 2018, modifica el artículo 1242, y amplía su porcentaje, que pasa de una cuarta parte, a la mitad, veamos:

"ARTÍCULO 1242. CUARTA DE MEJORAS Y DE LIBRE DISPOSICIÓN.

Habiendo legitimarios, la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 Y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, Según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno de esta división es su legítima rigurosa.

La mitad de la masa de bienes restantes constituyen la porción de bienes de

Que el testador ha podido disponer a su arbitrio.” (Subraya y negrilla fuera del texto original.)

Parágrafo 1º. Los abogados no podrán hacerse parte de la sucesión en función de cobrarle sus honorarios. "

Las donaciones tampoco escapan a la reforma de la nueva ley, pero en ésta oportunidad, restringiendo la capacidad de donar a la cuarta parte del acervo imaginario, cuándo en la anterior codificación aludía a la mitad; modificando también la restitución por exceso en la donación,

Veamos:

"Artículo 1244. VALOR DE LAS DONACIONES. Si el que tenía, a la sazón, legitimarios, hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere a la mitad de la suma formada por este valor y al del acervo imaginario, tendrán derecho los legitimarios para que éste exceso se agregue también imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas. "

“ARTÍCULO 1245. RESTITUCIONES POR DONACION EXCESIVA. Si fuere tal el exceso, que no sólo absorba la parte de los bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, sino que menoscabe las legítimas rigurosas, tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo contra los donatarios, en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, comenzando por las más recientes. La insolvencia de un donatario no gravará a los otros".

ARTÍCULO 1247. Si la suma de lo que se ha dado en razón de legítima no alcanzare la mitad del acervo imaginario, el déficit se sacará de los bienes, con preferencia a toda otra inversión".

Para mayor comprensión de los cambios aludidos y conseguidos por la nueva ley 1934 del 2 de Agosto de 2018, es oportuno acudir al trabajo de *compendio de derecho sucesoral*, adelantado por los abogados Mario Echeverri Esquivel y Mario Echeverria Acuña de la Universidad Libre de Colombia, sede Cartagena, año 2011, donde se explica la protección que impone la ley sobre las legítimas y la porción conyugal por vía de acervos imaginarios contemplados en los artículos.1243 a 1245 del Código Civil colombiano.

En tal sentido, los acervos imaginarios son una figura que pretende evitar que el causante de manera mal intencionada altere, disminuya o menoscabe la legítimas y la Proción conyugal bajo supuestas donaciones a herederos o terceros, en desmedro del cónyuge supérstite o algún otro heredero. Lo que implicaría la colación de la herencia, devolviendo imaginariamente a la masa sucesoral lo recibido o su equivalente, tal como sí se tiene en cuenta *imaginariamente* [cursivas son propias] como recibido en vida y se le Imputará de su cuota hereditaria (Echeverría y Echeverría, 2011, p. 62).

Con lo expuesto queda develada la pregunta inicial de la presente investigación y en tal sentido no se puede obviar las limitaciones que impone el derecho de sucesiones a la expresión de la voluntad de una persona por vía de una fiducia civil cuando la condición es la causa de muerte del fiduciante.

Nuevamente la idea de que existen créditos que penden sobre el patrimonio de una persona y que son exigibles mortis causa, es confirmada por las legítimas pues el artículo 1239 del Código Civil define las legítimas como la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas

personas llamadas legitimarios. Lo que en realidad constituye, es la cuota mínima de los bienes de un causante que la ley asigna a los legitimarios, herederos o titulares de la legítima en toda clase de sucesión.

Como vemos, este crédito se reconoce incluso previamente a la causación del derecho por la muerte de la persona que detenta el patrimonio.

Así, a las cosas, a la luz del recientemente reformado artículo 1240 son legitimarios: 1 - los descendientes personalmente o representados. 2 - Los ascendientes."” (Congreso de la República, 1873, Capítulo III, art. 1240, párr. 1, acto de reforma ley 1934 de agosto 2 de 2018)

Ésta idea sobre los limitantes a la voluntad de una persona en relación con disposición de los bienes, sobre todo cuando se trata de una última voluntad, o fiducia civil mortis causa, coincide con lo expuesto y resaltado por el *Instituto Libertad y Progreso* (ILP), pues tales limitaciones, se tienen como motor de subdesarrollo, como norma anacrónica y regresiva.

En efecto, el ILP, en busca de dinamizar el ejercicio de los derechos reales, en especial en negocios mortis causa o expresión de la voluntad testamentar irrestricta, en el año 2013 presentó un proyecto de ley buscando que se modernizara dicha institución y se reconociera una libertad total en el derecho a testar; pues tal y como está concebida limita la libertad de las personas, situación que requiere intervención del legislador para mejorar las condiciones legales y económicas de las personas, veamos:

La exposición de motivos del citado y fallido proyecto de ley es clara en explicar los beneficios que podría traer la libertad testamentaria aludiendo a que:

La modernidad llama a nuestras puertas [la] libertad es cada vez más importante para los colombianos en materia económica, política, social y personal. Sin embargo, conservamos en nuestro Código Civil disposiciones anacrónicas, tales

como las asignaciones testamentarias forzosas, que ya no se justifican en nuestra sociedad, predominantemente urbana en la cual la mayor parte de las personas tienen al final de su vida la propiedad que ganaron con su trabajo y de la que deberían poder disponer por causa de muerte, con tanta libertad como pueden hacerlo en vida....

...Si en Colombia se estableciera la libertad de testar (o se ampliara la existente, que es muy precaria) una parte importante de los activos de quienes mueran será destinada por estos para fines de interés general tales como universidades, colegios, museos, parques naturales y otras iniciativas que en nuestro país históricamente han sido emprendidas por el Estado. Sin embargo, en los Estados Unidos, país que tiene el mejor sistema de alta educación del mundo, de las 10 mejores universidades según el US News and World Report) todas iniciaron o adquirieron posteriormente legados testamentarios que seguramente no se hubieran dado en ausencia de libertad de test (ILP, 2013, párr. 1 y 4).

La idea de que la fiducia civil o encargo fiduciario civil, pudiera ser usado como una verdadera manifestación de la voluntad de disposición de los bienes de una persona, sigue siendo entonces un mecanismo interesante, pero lamentablemente y como ya se ha venido intuyendo, se encuentra sujeta a las mismas limitantes que sujetan el testamento, por ser al fin y al cabo un negocio mortis causa bajo el tema de estudio, por lo que continúa siendo un ejercicio de la voluntad limitado.

Tal limitación es también palmaria en otras figuras como por ejemplo la partición en vida de un patrimonio, para el profesor de la universidad de los andes Dr. Horacio Cruz Tejada la partición patrimonial en vida debe cumplir las siguientes directrices:

1) Se debe obtener licencia judicial. 2) La distribución se hace mediante escritura pública, sin importar si se trata de bienes muebles o inmuebles, pues el legislador no distinguió. 3) Es para todo o parte de los bienes. 4) Se deben respetar las asignaciones forzosas, esto es: las legítimas, mejoras, porción conyugal y alimentos. 5) se deben respetar los derechos de terceros, ejemplo, los acreedores. *6) Se deben respetar los gananciales del cónyuge o compañero permanente y en este caso es necesario su consentimiento.* [cursivas son propias] La distribución de bienes se puede rescindir y el plazo para ello es de dos años contados a partir de la fecha en que los interesados tuvieron o debieron tener conocimiento de la partición (Cruz, 2014, p. 517-518).

Cuarta de mejoras. La cuarta de mejoras es un aspecto relevante en cuanto al ejercicio de la voluntad de disipación del patrimonio por cuanto es uno de los pocos puntos en los cuales el derecho de sucesiones garantiza la libertad del causante, por ser precisamente de libre destinación, en cuanto cumpla con las ordenes sucesorales restrictivos señalados por la norma. Tal como lo expresa el artículo 1242 del Código Civil colombiano.

Antes de la reforma al código civil lograda mediante la ley 1934 de agosto de 2018. Trabajos jurídicos de toda índole (como las tesis y libros citados en la presente monografía), traían y citaban el artículo 1242 del C.C para explicar el alcance de la libertad de disposición de bienes otorgada por la norma, echando muchas veces de menos, que ésta no fuera absoluta.

Nuevamente la monografía de Antonio Andrés Barrios Martínez sobre asignaciones testamentarias forzosas a la luz del contrato de fiducia complementa el análisis normativo al advertir que esta institución sucesoral y no un solo concepto aritmético; es la cuota de la herencia

que por ley está reservada a los descendientes, obren estos o no como legitimarios, pudiendo el causante distribuirlos libremente entre sus descendientes.

como su nombre lo dice, la cuarta de mejoras favorece o mejora al descendiente según el querer del testador y, en su defecto, llegará a los descendientes que en calidad de legitimarios sucedan abintestato, a prorrata de su asignación (Barrios, 2002).

Así las cosas, a la luz de la nueva norma, se interpreta que para las legítimas va el 50% de los bienes, previas las deducciones del artículo 1016 Y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245. El restante 50% conforma unos bienes de libre destinación pues se han unido la cuarta de mejoras y la cuarta de libre destinación, lo que aumenta el caudal de bienes de que se puede disponer legalmente, vamos:

"ARTÍCULO 1242. CUARTA DE MEJORAS Y DE LIBRE DISPOSICIÓN.

Habiendo legitimarios, la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 Y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno de esta división es su legítima rigurosa.

La mitad d. :) la masa de bienes restantes constituyen la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio."

Por esta vía, de alguna manera, vuelve parcialmente la libertad de disposición al testador quien puede decidir a quien se destina esas porciones, que en efecto pueden ser objeto de estipulación contractual, tal vez fideicomiso, tal como lo señala el artículo 1256 del Código Civil, y elevadas a escritura pública.

Como se puede ver entonces, las limitaciones a la voluntad relacionadas con la última voluntad, por vía de testamento por herencia legado se constituyen en un verdadero crédito o acreencia sobre el patrimonio y con mayor intención, en protección de las porciones conyugales y gananciales del cónyuge supérstite y legitimarios.

Situación en Colombia

Para muchas personas en Colombia, la libertad de disposición de los bienes o el ejercicio de los derechos reales sobre sus bienes se encuentra estancada en el tiempo y no ha tenido un desarrollo acorde con la modernidad y la evolución de las sociedades; desconociendo el esfuerzo propio y propiciando una generación de ciudadanos incapaces que esperan eternamente la heredad sin esfuerzo propio. Frenando la economía y el desarrollo de las sociedades; favoreciendo escenarios de irrespeto y vulneración de derechos a los progenitores a quien no se les debe respeto ya que la herencia se encuentra asegurada por el Código Civil.

Es por ello que desde hace unos años, organizaciones como el Instituto Libertad y Progreso, ILP en Colombia, han adelantado gestiones tendientes a la modernización del Código Civil, específicamente en los beneficios que traería para el ámbito jurídico y social, la eliminación del artículo 1055 del Código Civil colombiano y las partes atinentes a las legítimas del título V, sobre asignaciones forzosas, del libro tercero sobre las sucesiones por causa de muerte y la donación entre vivos en aras de lograr la libertad testamentaria. Salvando y protegiendo la porción conyugal y los alimentos a ciertas personas.

Explica que en las condiciones actuales, amerita una renovación del Código Civil, dando plenas libertades al testador para disponer de sus bienes, en busca del fin social, el bien común, la solidaridad y la generosidad, permitiendo a quienes gozan de bienes de fortuna, repartir su buena fortuna con otros, donde se incluye organizaciones sociales, educativas y de salud,

garantizando por vía aspiraciones, el cuidado y atención requerida por adultos mayores por parte de sus descendientes quienes, deberán *trabajar* para ganarse su herencia.

Para el efecto, me permito citar un aparte muy interesante de la exposición de motivos

Mediante este proyecto, además de un incremento en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada, se promueve la generosidad de los ciudadanos para con sus semejantes en forma de legados testamentarios acordes con las preferencias del testador. *La Charities Aid Foundation*, una organización sin ánimo de lucro que tiene por objeto promover la donación de dinero y tiempo a los más necesitados; publicó un estudio en el que comparó 153 países, que representan el 90% de la población global en torno a su comportamiento caritativo (dar dinero o bienes a otras personas en modo gratuito). Del estudio es posible concluir que las sociedades en las que existe libertad de testar son más generosas con sus semejantes que las que no. El estudio clasifica los países de acuerdo con un “Índice de Generosidad Global” (*World Giving Index*) en el cual los países con libertad de testar aparecen de primeros en la lista. Los anglosajones Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Irlanda, Nueva Zelanda, Australia están todos entre los primeros 10. En América Latina países con libertad de testar como Costa Rica o Guatemala son más generosos que otros en los que dicha libertad existe de modo limitado, como Colombia (hay que anotar que en general la libertad de testar no es plena, y que en este proyecto igualmente se proponen restricciones para proteger a personas en estado de debilidad (ILP, 2013, párr. 3).

Frente al proyecto de ley mencionado se presentó diversas argumentaciones en contra. En especial sobre la protección de la familia, tema sobre el cual sería prudente una análisis más

profundo que no es menester en el presente trabajo. Sin embargo es oportuno mencionar que por el contrario, la expectativa sucesoral generaría mayor compromiso de los llamados a suceder si se ejerciera una libertad testamentaria pues como se dijo generaría mayor compromiso por parte de los sucesores para sus familiares, tal como lo menciona en su artículo de prensa, el doctor Antonio Jose Núñez, jurista integrante del ILP Del cual traigo un aparte:

La libertad de testar no atenta contra la unidad de la familia, como algunos temen; por el contrario, es su mejor guardián, pues dará a quienes lo requieran un incentivo mayor para cuidar de sus padres ancianos, a fin de que no los olviden en su testamento. El verdadero amor familiar está fundado sobre la libertad de decidir y no sobre la coerción. Llegó el momento de discutir este tema a fondo. Ojalá nuestros parlamentarios lo hagan con la seriedad que el asunto merece... (Núñez, 2015, párr. 8).

No tuvo que pasar mucho tiempo para que las ideas recogidas por el Instituto de Libertad y Progreso ILP, fueran nuevamente escuchadas, ésta vez de manos del representante a la Cámara, Rodrigo Lara Restrepo, quien en el año 2015, presentó proyecto de ley para reformar y adicionar al Código civil Colombiano, en especial lo atinente a los Legitimarios, las asignaciones forzosas, lo que anteriormente era la cuarta parte de mejoras, la libre disposición de los bienes, las donaciones, así como la derogatoria expresa de los artículos 1252 sobre exceso en el monto de la cuarta de mejoras, 1253 que aludía a asignatarios de la cuarta de mejora, 1259 atinente a resolución de donación a título de mejora y 1262 en relación a estipulación de no donar o asignar.

En la exposición de motivos del citado proyecto, hoy ley de la República, el representante trae a colación a Max Webber 1922, Economía y sociedad, de donde se extracta:

“Las leyes de herencia no son derechos fundamentales ni principios sagrados inmutables. Su origen es el derecho positivo y obedecen al sentido de solidaridad social de una época en determinado país. No son principios universales y en ninguno de los países occidentales en donde se han desarrollado los grandes modelos de leyes de sucesiones han sido consideradas derechos naturales. En particular, son normas, como señala Durkheim (1893), explicativas de los vínculos de solidaridad que marcan a una sociedad. Por ejemplo, en el caso del código civil francés, el propósito al consagrar la igualdad de los hijos en la repartición de la herencia no fue el de apoyar la familia como tampoco de enaltecerla como solio de la sociedad; su finalidad fue política y revolucionaria, al usar la sucesión de la familia tradicional como instrumento de división y fragmentación de la tierra, base y sustento del poder aristocrático en el antiguo régimen”(Weber, 1922)

Si bien es cierto que el proyecto de ley, actualmente ley de la republica bajo el número 1934 del 2 de agosto de 2018, no tiene los alcances deseados en relación a la libertad de testar y disposición de bienes, sí es un gran avance en la materia; pues demuestra un férreo interés por la defensa de los derechos en cuanto al testamento y la disposición irrestricta de los bienes, buscando favorecer a los familiares y amigos comprometidos y castigando a aquellos que no lo son.

La reforma alcanzada por la ya ley 1934 de 2 de agosto de 2018, es muy importante en relación al presente trabajo, en especial lo atiente a la modificación de las asignaciones forzosas

que son obligatorias, que de no hacerse, la ley las suple, como son los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, la porción conyugal y las legítimas.

La modificación atinente a la cuarta de mejoras consagrada en el artículo 1242, es una variación sustancial a la libre disposición de los bienes, pues elimina la cuarta de mejoras y la suma a la porción de libre destinación así:

Artículo 1242:“ Habiendo legitimarios, la mitad de los bienes, previas las deducciones del artículo 1016 y las agregaciones de los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno de esta división es su legítima rigurosa. La mitad de la masa de bienes restantes constituyen la porción de bienes que el testador ha podido disponer a su arbitrio.”

Sobre la indignidad o desheredamiento , la nueva norma busca acrecentar la mitad destinada a las legítimas y la porción conyugal en el caso del inciso 2º artículo 1236; cuando algún legitimario no accede a su legítima por incapacidad, indignidad o desheredamiento, ante la carencia de descendientes con capacidad de representarlo, artículo 1248 del CCC..

Una muestra de real capacidad de disposición de los bienes por parte del testador, es notoria en el artículo 1249 C.C.C, donde las legítimas rigurosas se aumentan por asignación de los bienes que el testador ha podido disponer con absoluta libertad, y de los que no ha dispuesto, y de los que, si lo ha hecho, ha quedado sin efecto la disposición. Aumentadas así las legítimas rigurosas, se llaman legítimas efectivas. Este acrecimiento no aprovecha al cónyuge sobreviviente.

Por su parte el artículo 1251. Permite acrecentar la mitad de libre disposición por exceso en la donación, superior al 50% del acervo imaginario, con exclusión del cónyuge sobreviviente, en el caso del artículo 1236, inciso 2º, todo ello sin perjuicio de cualquier otro objeto de libre disposición, a que el difunto las haya destinado.

Empero las demás modificaciones aportadas por la ley 1934 del 2 de agosto de 2018, son de suma importancia, se han resaltado las ante dichas por ser más cercana al objeto del presente trabajo, pues se hace evidente que hay una mejora en relación a la capacidad de ejercer los derechos reales sobre los bienes y su libre destinación, que sin embargo, no pueden ser objeto de Fiducia Civil, pues la norma en cita, claramente especifica que es aplicable exclusivamente al testamento, y no a otras figuras legales.

Libertad de la Voluntad y la Libertad Testamentaria

Como ha quedado claro, en Colombia la libertad testamentaria es limitada, quiere esto decir, que la ley ha delimitado la capacidad de una persona al momento de testar o legar sus bienes por causa de muerte, excepto como se anticipó, lo consagrado en el artículo 1242 que establece, previas disipaciones, que la mitad de la masa de bienes restantes constituyen la porción de bienes que el testador ha podido disponer a su arbitrio.

Lo antes descrito, si bien es cierto, nos acerca a otras legislaciones con un desarrollo más liberal y amplio del derecho de disposición del patrimonio, no es comparable con lo que se observa en otras latitudes cuya fuente jurídica es el derecho anglosajón, *common law*, la situación es diferente allí, es cierto, aunque, con ciertas limitaciones.

El derecho común, o *commun law*, tiene una amplia tradición en relación con la libertad testamentaria, morigerando dicha facultad en favor de ciertos individuos en estado de

indefensión desprotección, pero respetando la libertad de disposición de sus haberes, se ve lo señalado por Annette Hafner y Pedro Harris Moya (Annette y Moya, 2012),

En oposición al Derecho civil, el sistema jurídico del *Common Law* ha establecido sistemas de libertad testamentaria. En virtud de ellos, el testador puede disponer libremente de sus bienes, sin reservas a favor de determinados parientes. Actualmente, este sistema (vigente por ejemplo en Inglaterra, Australia y Estados Unidos) ha matizado la libertad en principio aplicable, otorgando prestaciones pecuniarias a favor de determinados parientes (usualmente, cónyuge e hijos), a su petición y bajo la condición de no haber sido considerados adecuadamente en el testamento. Los países de Derecho civil, entre ellos Chile, carecen de una libertad en este sentido. En particular, en Costa Rica se permite disponer libremente de los bienes, en la medida que se aseguren alimentos a favor de determinados parientes (Annette y Moya, 2012, p. 1).

Inglaterra. En el caso de Inglaterra, tal como se anticipó, limita la libertad testamentaria o de disposición solo en caso excepcionales en favor de la protección a ciertos individuos, garantizando ciertas prestaciones pecuniarias. Se presenta un ejemplo:

El principio en el Derecho inglés es la libertad testamentaria. Sin embargo, en supuestos donde el causante no ha considerado adecuadamente a determinadas personas, el Inheritance Family Provision & Dependants Act de 1975, permite otorgar prestaciones pecuniarias para facilitar su sostenimiento...

... Se trata de alimentos que deberán ser ordenados judicialmente, en caso de necesidad, con cargo a la herencia del causante. Las personas en favor de quienes pueden concederse son:

- Cónyuge del difunto;

- Cónyuge divorciado del difunto que no hubiere contraído segundas nupcias;
- Hijos;
- Persona que hubiere sido tratada como hijo, durante cualquier tiempo en la duración del matrimonio; y
- Persona que hubiere sido mantenida por el difunto, en el tiempo inmediatamente anterior a su deceso.

Para obtener las prestaciones, ha de demostrarse insolvencia o falta de recursos, de lo contrario no se tendría acceso a ella (Annette y Moya, 2012, p. 1).

Australia. Al igual que en Inglaterra, en Australia tiene como fuente el común *law*, por lo que prima es la libertad testamentaria irrestricta, a diferencia de la de Colombia que se orienta a la familia.

No obstante, lo anterior, la legislación federal y estatal, reconoce el derecho y protección de las familias, pero por vía de impugnación testamentaria, cuando los testamentos o *wills* desconozcan y desprotejan injustificadamente a la familia, en especial con niños menores, otorgándose en protección una parte de la herencia para su manutención y cuidado.

Por ejemplo, en el trabajo de grado de Katherine Maria Moler Belón de la Universidad Nacional De San Agustín, Perú. Se menciona el caso de Nueva Gales del Sur, Australia, donde se asegura la estabilidad familiar y alimentaria del causante a través del *Succesion Act* del año 2006, que consiste en una resolución de sustento familiar o *family provision order*. Se presenta el aparte traído de dicho escrito:

La solicitud tiene que hacerse a más tardar un año luego de la muerte del causante. Para su decisión, el juez considerará las necesidades del solicitante, la

capacidad patrimonial del causante, la relación que hubo entre ambos, y el comportamiento del solicitante, entre otros aspectos. Las formas de pago incluyen: suma única de dinero, pago de unas rentas, atribución de una parte del patrimonio (actual o futuro), atribución de una expectativa, o cualquier otra forma que el juez crea conveniente. Las resoluciones pueden ser posteriormente cambiadas o revocadas por el juez en caso de necesidad (Moler, 2017, p. 49).

Estados Unidos. Nuevamente, el escrito de Annette Hafner y Pedro Harris Moya, 24/04/2012., Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: En relación con la libertad de Testar en Estados Unidos explica que, si bien es cierto que el *derecho norteamericano* es de fundamentación del *common law*, a diferencia de otros países, establece mayores limitaciones de libertad testamentaria.; limitaciones vienen dadas por los *elective shares* veamos:

El régimen de los *elective shares* ha sido aplicado en Estados Unidos para evitar que sean excluidos de la herencia determinados parientes. Para ello, se concede a favor del cónyuge una cantidad equivalente, en general, a un tercio de la propiedad del causante. El cálculo exacto de esta proporción dependerá del Estado de que se trate y, habitualmente, de la duración que hubiere tenido el matrimonio, así como también de los hijos que hubieren nacido en él.

... Los *elective shares* son consagrados a nivel estatal, en la mayor parte de los Estados Unidos. Sin embargo, corresponde a la mujer o el marido del difunto requerirlo. Por ello, si el cónyuge sobreviviente no demanda el pago, el testamento se cumplirá conforme la voluntad del causante, lo que supone la vigencia del principio de libertad testamentaria.

Otra limitación consiste en el otorgamiento de derechos de usufructo vitalicio sobre la vivienda habitual (homestead), los que deberán otorgarse en relación con la vivienda que el cónyuge hubiere mantenido con el causante, y siempre que ella perteneciera a la propiedad del testador (Annette y Moya, 2012, p. 2).

Frente a lo transcrito del trabajo de Annette Hafner y Pedro Harris Moya Cabe finalmente agregar que las limitaciones son mayores respecto de los hijos. Ya que si son menores de edad se les reconoce derecho de alimentos.

Como vemos, la situación planteada entre el derecho anglosajón y el derecho en Colombia es diferente, presentándose apenas, en el primero, algunas limitaciones de protección enfocada a menores de edad; que también varía en estados unidos, dependiendo del estado de la unión en donde se presente el caso.

Así las cosas, para que la fiducia civil, pueda ser usada como una expresión de la última voluntad, se insiste que no se habla de testamento, se debe desligarla del concepto testamentario y ceñirse a su uso lato y simple, ya descrito desde el Código Civil, esto es, como; *un negocio entre vivos* para la transmisión de la propiedad de bienes y no, como se puede entrar en confusión un negocio *mortis causa*.

Lo anterior, por cuanto, en la fiducia civil, la condición es accidental por la cual puede transmitirse la propiedad de un bien, bajo cualquier condición.

Las dos circunstancias planteadas, son bien distintas, por su finalidad, y sus efectos. El negocio jurídico inter vivos se diferencia del negocio mortis casusa en:

Negocio Inter vivos

El escrito consignado en el Edublog docente dirigido a los estudiantes de III semestre de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia de Cartago, permite de manera fácil y rápida explicar el carácter de los negocios Inter vivos y mortis causa de la siguiente manera: Negocio intervivos, es aquel que se realiza entre dos personas, por lo que sus efectos les competen a ambas partes, es revocable por acuerdo entre los partes, o sea es bilateral

Por el contrario, el negocio por causa de muerte, mortis causa, es aquel cuyos efectos se condicionan a la muerte del que lo realiza, y cuyo objeto principal es la distribución de un patrimonio. Como ejemplos de negocios entre vivos se encuentran la permuta, la compraventa y el arrendamiento (Carmona, 2010).

Negocio inter vivos, Acto jurídico por el que una o más personas regulan sus intereses estableciendo una determinada regulación jurídica. Los elementos de los negocios se clasifican en esenciales, la declaración de voluntad, el objeto, la causa y la forma; naturales, son consecuencias propias del negocio que pueden ser excluidas por la voluntad de las partes; y accidentales, introducidos por las partes, como la condición, el término y el modo. Acto jurídico; Causa; Contrato (Enciclopedia Jurídica, 2014c).

De tal suerte que, en nuestro derecho civil, el único acto que existe por causa de muerte por definición legal es el testamento, ya que nadie puede *suceder en vida del causante*; pues no tiene sentido. La sucesión nace con la muerte del causante, la fiducia civil, de la voluntad de fiduciante.

En contraposición, el acto por causa de muerte: nace sin que opere la voluntad del causante, es una situación ipso jure acaecida automáticamente con el fallecimiento del causante, y no de otro modo. Por ello, el testamento, solo opera ocurrida la defunción, no antes.

Es más, en Colombia está prohibido el pacto de suceder a una persona viva aun cuando intervenga el consentimiento de esta; o la venta que hace una persona de los bienes que le puedan corresponder en la sucesión de una persona que aún no ha muerto. Estos actos tienen objeto ilícito. Sin embargo, se puede vender el derecho. La cesión de derechos hereditarios no es perfecta ante la ley, hasta que se eleve a escritura pública (Congreso de la República, 1873, artículo 1857). Si se especifica el bien o los bienes, la cesión se entiende a título singular. Si no se especifica, la venta se entiende a título universal.

Así, los actos negociales típicos con carácter mortis causa solo y únicamente están orientados en lo relativo a la sucesión, por ejemplo, el testamento, la declaración de herederos en caso de no existir testamento, la posterior aceptación de la herencia del causante y el reparto de la masa hereditaria o caudal relicto entre los herederos.

Lo antes descrito, se desliga del carácter y la naturaleza de la fiducia civil, pues como se ha explicado, ésta última es un negocio o acto entre vivos cuya condición, accidental, es la muerte del fiduciante para que se cumpla la condición establecida por voluntad propia, en uso de facultades mentales, en ejercicio del derecho real; lo que remite a la teoría de la propiedad.

Teoría de la Propiedad

Desde la perspectiva de la fiducia civil o encargo fiduciario civil es conveniente entender el alcance del derecho de propiedad, ya que, con el fideicomiso se busca precisamente ejercer este derecho real sobre los bienes, y en lo posible sin mayores limitaciones. Este aspecto del derecho de propiedad es el más completo que se puede tener sobre una cosa. La cosa se halla sometida a la voluntad, exclusividad y a la acción de su propietario. El derecho es exclusivo pues solamente una persona puede tener la dominabilidad absoluta sobre la cosa. Cabe mencionar que no se debe confundir la copropiedad con una pluralidad de dominio *ius abutendi*

Al respecto, se toma la acepción *jus abutendi*: expresión latina con la cual se designa el derecho del propietario de un bien a disponer plenamente de él. V. *Abusus* (Enciclopedia Jurídica, 2014b).

La figura de *uis abutendi*: Consiste en la facultad de disponer de la cosa. Puede consistir en consumirla materialmente, como cuando se le destruye al comerla o quemándola: o consumirla jurídicamente, como cuando se le enajena o se transforma (Hernández, 2012).

Como vemos, desde la perspectiva de la teoría de la propiedad, el uso, goce y disposición enmarcado en el derecho de abuso, pareciera irrestricto; sin embargo, dada las limitaciones que el Código Civil impone sobre los patrimonios, en tratándose de la última voluntad o testamento, tal derecho se halla, como ya se ha dicho, limitado, no es absoluto.

Tal situación no es ajena en las sociedades de hecho, y conyugales, donde se reconoce la libre administración de los bienes de los cónyuges, pero, nuevamente limitado por el derecho de sucesiones en cuando se pretende expresar la última voluntad o testamento. Para el efecto se entrará a entrar sobre este tema.

Sociedad Conyugal, Unión Marital de Hecho y Libre Administración de los Bienes

Como abre bocas al tema de la administración de los bienes y para efectos de evitar equívocos, la Constitución Política de Colombia promueve la libertad entre las personas y los derechos de las que éstas gozan, por ello, los efectos patrimoniales derivados de la sociedad conyugal fueron reconocidos también en la unión marital de hecho; por lo que no se debe entrar a diferenciar una de otra, por el contrario, se debe entender lo mismo para las dos formas.

En tal sentido basta con traer en comentario lo señalado por la Corte Constitucional en su Sentencia C-278/14 de 7 de Mayo de 2014, donde ratifica la presunción de existencia de sociedad patrimonial en las uniones maritales de hecho contempladas en la ley 54 de 1990,

cuando se comprueba la convivencia con ánimo de ayuda y socorro mutuo entre dos personas sin impedimento legal para contraer matrimonio, por lo menos durante dos años y la consecución de un patrimonio económico conforme el numeral tres de dicha norma.

Tal postura fue desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, quien ha reiterado en sus pronunciamientos que la sociedad patrimonial desprende sus efectos en el plano económico pues reconocer el mutuo aporte de los socios a dicha comunidad, situación igualmente reconocida en la sociedad conyugal, derivada del trabajo, ayuda y socorro mutuos, que al final consolida un capital, para el efecto se podría consultar la sentencia Corte Suprema de Justicia, SC11949-2016, Radicación n.º 23001-31-10-002-2001-00011-01 aprobado en sesión de diecisiete de mayo de 2016.

Es así como la situación de los bienes habidos en la sociedad conyugal o patrimonial se puede ver esquematizada de la siguiente manera:

Tabla 1 *Comparativa del estado de los bienes en la sociedad conyugal y marital*

| Bienes en la sociedad conyugal y patrimonial | Bienes que no son sociales | Bienes sociales | Sociales relativos o a sustituir |
|--|---|--|--|
| En la sociedad conyugal por matrimonio | * Se incluye aquellos bienes que fueron señalados como excluidos por vía de capitulaciones. * Los inmuebles que fueron adquiridos antes del matrimonio | * Todos los bienes que menciona el artículo 1781 numerales 1,2 y el 5, que son los Salarios, réditos, lucros y frutos de los bienes sociales o de cada conyugue y todos aquellos que se adquieren durante la vigencia de la sociedad conyugal fruto del muto socorro, ayuda, apoyo y soporte | * También los señala el artículo 1781 numerales 3,4 y 6; como son los dineros y bienes muebles que cualquiera de los cónyuges aporta al matrimonio, los bienes raíces que se aportan por vía de capitulaciones o por instrumento publico |

| | | | |
|---|---|--|---|
| En la unión marital de hecho por sociedad patrimonial | <ul style="list-style-type: none"> * Los bienes adquiridos por donación, herencia o legado * Los bienes adquiridos por cada uno de los futuros compañeros antes de formalizar la unión marital de hecho | <ul style="list-style-type: none"> * Todos los bienes productos del trabajo apoyo, soporte ayuda y socorro mutuo durante la vigencia de la unión marital de hecho. * Los réditos rentas, frutos, mayor valor que adquieran los bienes propios de cada asociado durante la unión marital de hecho | * No hay, porque así fue dispuesto por la norma |
|---|---|--|---|

Como vemos, la situación de los bienes habidos en las sociedades tanto conyugales como patrimoniales perteneces a un régimen especial: ya que son sociales, pero en el entendido que son sociales en pro de las ganancias que surjan al final o con la liquidación de la sociedad; por ello, a pesar de existir una libre administración de los bienes por parte de los socios, cónyuges o compañeros permanentes, la disposición de los bienes sociales cuando se habla de dolo, o mala intención, tiene limitaciones y restricciones en cuanto a su fin a fin de proteger constitucionalmente la familia, y garantizar los derechos patrimoniales a los socios.

Prueba de ello es palpable por el contenido del artículo 1795 del Código Civil, así como el artículo primero de la Ley 28 de 1932 que establece como parte de la sociedad todos los bienes en ella habida al momento de liquidarla. Todo esto bajo la *presunción de dominio de la sociedad conyugal*, como quien dice, libre administración de los bienes, pero bajo la presunción del dominio de la sociedad conyugal.

Se desprende de lo anterior, que suerte muy distinta corren los bienes de sociedad, sea ésta conyugal o patrimonial y los bienes privados o haber propio adquirido antes del matrimonio o unión marital, de lo que depende la libertad en su administración y disposición.

Se observa como en relación con la libre administración y disposición de los bienes, el ejercicio de tales derechos se limita; pues los derechos que se pueden ejercer sobre los bienes propios conseguidos antes de la formación del vínculo o unión son diferentes a aquellos que se pueden ejercer sobre los bienes del haber patrimonial absoluto que son bienes sociales, y el haber relativo del que se espera recompensa con la liquidación de la sociedad o unión.

Este factor es de suma importancia, pues demuestra que la libre disposición de los bienes se limita en cuanto dicho ejercicio sea libre y legal. pues se encuentran afectados por ser bienes sociales en pro de generar gananciales o y que sirven como garantía en relación con deudas sociales contempladas en el artículo 1796 del Código Civil, y expensas comunes imputadas a los gananciales como lo señala el artículo 1800 de la misma norma. Por esta vía, la disposición de tales bienes que no impliquen subrogación, o que eventualmente muestre mala fe, intención de daño, procura de ocultamiento, separación, distracción, pues se generaría la obligación de reponerlos al momento de la liquidación de la sociedad o disolución de la unión, so pena de las sanciones contempladas en la ley.

Se insiste entonces que si bien es cierto que existe libertad de administración de los bienes por parte de cónyuges o compañeros permanentes, durante la vigencia de la sociedad conyugal o durante la unión marital de hecho, les está prohibido realizar cualquier actividad tendiente a menoscabar o disminuir el haber patrimonial de manera injustificada, prueba de ello lo instituye el artículo 1824 del Código Civil, que penaliza el ocultamiento, distracción de alguna de las cosas de la sociedad, imponiendo como sanción la pérdida de la porción y la obligación de resarcirla doblada. En tal sentido es evidente que tales bienes no pueden ser dispuesta por vía de una fiducia civil por constituirse en un medio de disposición de bienes sociales en perjuicio de acreedores sociales y obligaciones alimentarias, que atenta contra el patrimonio.

El Código Penal también se une en la protección de este patrimonio social en relación con el alzamiento de bienes del artículo 253 Código Penal, castigando el alzamiento, ocultamiento o fraude de bienes sociales prisión de uno a tres años y multa de 10 a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La misma corriente sigue el tema de la simulación tratado ampliamente por la *Corte Suprema de Justicia: sala de casación civil* SC3864 de 2015 (Corte Suprema de Justicia, 2015), donde se explica que no se puede discutir la legalidad de los actos celebrados por uno de los cónyuges sobre Bienes sociales cuya libre disposición goza hasta el momento de la liquidación de la sociedad conyugal. Tratamiento que no se mantiene si se encuentra que no hubo una libre disposición de la voluntad, si no, una aparente o simulada negociación ya que, en tal caso, se está atentando contra el haber patrimonial, no por libre administración sino por ilegal interés de simular. En tal caso, explica la sentencia, el conyugue contrario, está en derecho ya sea mediante solicitud de disolución de la sociedad conyugal o, por lo menos, demanda judicial notificada al simulador, lograr descubrir el acto ilegal y salvaguardar el patrimonio.

Al respecto enfatiza la sentencia señalada, y copio textualmente:

Desde luego que la “libre administración” se predica de los actos o negocios jurídicos reales, y no de los aparentes o con el propósito de engañar o lesionar los intereses del otro cónyuge...

... Sólo de esa manera se entiende que la jurisprudencia de la Sala, por vía de excepción, no como regla, y para impedir que “el cónyuge avieso se empeñe en que la disolución decretada se haga ilusoria en sus efectos”, establezca que el interés para demandar tal simulación surja aún sin que se esté en presencia de una

situación jurídica consolidada, todo en aras de que la reclamación de gananciales no resulte huera (Corte Suprema de Justicia, 2015, pp. 15 y 17).

Se observa entonces que la libre administración de los bienes sociales es irrestricta hasta el momento de la liquidación de la sociedad, pero es libre en cuanto éste ejercicio sea legal, como quien dice, si la administración de los bienes sociales de cada conyugue persigue fines legales, es libre, pero si tiene oscuras intenciones, se hace merecedora de vigilancia y protección especial.

Para dar un ejemplo, y para ello se debe recordar que el fin de la sociedad patrimonial es que ésta crezca; para honrar las deudas sociales y el sostenimiento de los hijos y eventualmente ser liquidada en pro de gananciales que permita a los exsocios afrontar su nueva situación. La sentencia T 325 de 1998, fue prolija en explicar que no se puede menoscabar el patrimonio social por vía de donación, ya que, en tal caso, se genera un pasivo en disfavor de quien dona. Resalta que también se sanciona a quien distraiga, oculte un bien de la sociedad conyugal, generándose la obligación de restituir lo perdido, donado. Dando doblado lo oculto. Lo anterior conocido como *reintegro de donaciones a la sociedad conyugal, sanciones de pérdida de gananciales, y restitución de estos por dolo*.

Se cae nuevamente en cuenta de que la fiducia civil, o encargo fiduciario civil, es un acto gratuito, y por ello, en tratándose de bienes sociales, no puede ser ejecutado por que contraviene las normas arriba descritas. En tal caso, de suceder, no soportaría el juicio de reproche por vía de demanda de nulidad del acto que constituye la fiducia civil, en favor del patrimonio social.

La misma tutela, esta es la 325/98, advierte que existe un *aseguramiento de muebles y papeles* que busca prevenir el detrimento de los bienes de la sociedad en relación con muebles, dineros, acciones, bienes fungibles, derechos, créditos, acciones, los cuales se presumirán parte de la sociedad conyugal, y podrían incluso custodiarse bajo llave hasta el momento de la liquidación

de la sociedad. de esta manera se garantiza la integridad de la masa de gananciales que deberá distribuirse y adjudicarse al ser liquidada la sociedad conyugal.

Diferencia entre fiducia civil y testamento y derecho de sucesiones. Como se expresó desde el principio, la fiducia civil es un contrato de mandato que busca el cumplimiento de una obligación, consignada en una escritura pública, sometida a una condición. Cuando dicha condición, que puede ser cualquiera, es referida a la muerte real del fideicomitente, debe cumplir las reglas consignadas sobre ordenes sucesor ales.

Por su lado, el testamento consigna la voluntad de una persona viva que pretende *disponer* de sus bienes después de su muerte, dicho acto jurídico tiene requisito diferente y no necesariamente debe ser por escritura pública; lo que quiere decir que puede ser un acto más o menos solemne pues debe cumplir con los requisitos del artículo 1055 del Código Civil colombiano. En tal sentido, el testamento no es un mandato, el notario certifica su contenido.

A falta de testamento o alguna otra declaración que lo supla en todo o en parte, el derecho de sucesiones suple ésta falta en el Código Civil colombiano, en los títulos I a XII, en los artículos del 1008 al 1442 que reglamenta lo concerniente a las *sucesiones por causa de muerte*.

El derecho de sucesiones es entonces la manera como una persona reemplaza a otra fallecida, en la relación que aquella, la que murió, tenía con sus bienes, con su patrimonio, siendo entonces la sucesión, la manera de transmisión de este derecho.

El siguiente cuadro ayudará a entender de manera simple las semejanzas y diferencias entre estas tres figuras.

Tabla 2 *Comparativa entre testamento de fiducia civil y sucesiones intestadas*

| | Testamento | Fiducia civil | Sucesión cuando no hay testamento |
|-------------------------|--|--|--|
| La voluntad | Limita | No limita, excepto por causa de muerte | Limita la voluntad |
| Acto | Es un acto jurídico | Es un acto jurídico | Hecho jurídico |
| Juridicidad (tipicidad) | Reglado | Reglado | Reglado |
| Formalidad | Formal o no | Siempre formal | Regulado por la ley |
| Modo | Modo derivativo | Negocio jurídico | Modo derivativo y traslativo |
| Negociabilidad | In comercio | Ex comercio, saca del comercio, limitación | En comercio, no saca del comercio los bienes |
| Causa | Mortis causa | Cualquier causa | Mortis causa |
| Inicio y efectos | Con la muerte | Con el contrato | Con la muerte, aunque es una acreencia que pende sobre el patrimonio |
| Título | Gratuito | Gratuito | Gratuito |
| Aceptación | Voluntaria | Voluntaria | Voluntaria |
| Nacimiento | Con la muerte | Cumplimiento de la condición | Con la muerte |
| Acreedores | Conservan derechos | Bien sale del comercio si el contrato es previo y no hay mala fe | Conserva sus derechos |
| Transmisión | Puede ser singular o De una universalidad jurídica o en el legado, de una parte, determinada | Una o una parte determinada | Puede ser singular o Universalidad jurídica |

Conclusiones

Desde el punto de vista académico, el ejercicio de investigar y sobre todo desde el método de consulta bibliográfica resultó ser muy interesante entre otras cosas porque se pudo tener acceso a gran variedad de información de distintas categorías, lo que permitió adquirir una imagen global o tridimensional sobre el tema objeto de la investigación.

Como resultado de este proceso de investigación, se pudo observar que el desarrollo de la fiducia civil o encargo fiduciario civil ha tenido una evolución reciente pero imparable, que obedece a la necesidad de los pueblos de continuar madurando las relaciones que se tiene entre las personas y éstas con sus bienes. Enriqueciéndose de fuentes foráneas, paralelas y compartidas, lo que hace del ejercicio del derecho, un tema más global.

El jurista español, Ángel Ossorio, en su libro, *El alma de la toga* se cuestiona sobre: ¿Dónde ha de buscar el Abogado la orientación de su juicio y las fuentes de su actuación? ¿En el estudio del Derecho escrito? Terminantemente lo niego.

Tal negación, que parece acertada, lo que quiere decir es precisamente lo que ha pretendido el presente trabajo y es escudriñar al interior de la norma, en los usos y costumbre; la forma de expresar la voluntad de una manera legítima, de ejercer los derechos de manera plena y coherente con el mundo actual, en relación con la disposición de los bienes, usando una herramienta jurídica como lo es la fiducia civil o encargo fiduciario civil.

Al respecto, frente a la misma necesidad, el escrito de “El alma de la toga” apunta a la “inmutabilidad del Derecho; porque son consistentes los cimientos morales del mismo, que la sociedad elige y determina, muchas veces a despecho de la fuerza coactiva del Estado. Lo cambiante es la expresión actual y concreta de la vida jurídica.” (Ossorio, 2008, p.10)

Lo anterior significa que efectivamente el derecho es una fuerza mutable, que se adapta a las necesidades de los asociados, a veces de manera más veloz que las mismas legislaciones; por lo que han de ser los asociados, quienes exijan al estamento las novedades jurídicas que faciliten el desarrollo de la vida moderna.

Es palpable la necesidad de los pueblos de modernizar este tipo de relaciones, pero también es evidente la postura contraria; el anquilosamiento de las instituciones y con ello, la parálisis jurídica que impide el gozo adecuado del derecho que se tienen sobre los bienes.

Así las cosas, no sorprende que la legislación colombiana se resista a impulsar mecanismos totalmente abiertos y liberales de disposición de los bienes en pro del efectivo *juis abutendi* de los mismos. Protegiendo en contrario, las intuiciones familiares de origen romano.

No se duda que eventualmente, como ya se viene notando, gracias al advenimiento de la nueva ley 1934 del dos de agosto de 2018 y gracias a la globalización, que consciente o inconscientemente nuestra legislación se adaptará a otras legislaciones más versátiles, tomando de ellas aquellos aspectos que le son convenientes, Tal como en su momento ocurriera en el caso de la fiducia y la fiducia civil, que a partir de los años 1920 éste fenómeno se hizo evidente, por lo que se insiste, eventualmente se es testigos de una modernidad más justa en relación al ejercicio de la voluntad en relación a nuestros bienes.

Frente a la cuestión inicial, *¿La fiducia civil o en cargo fiduciario civil puede ser usada como una expresión de la última voluntad en vez del testamento?* La información obtenida lleva a responder que la fiducia civil o encargo fiduciario si puede ser usado como una expresión de la voluntad que puede contener la expresión última del ejercicio de los derechos reales sobre los bienes, en especial cuando la condición objeto del Contrato de fiducia civil es la muerte del Fiduciante.

La anterior afirmación si bien es cierto se acerca a la realidad, no es plena, porque:

- No pueden confundirse las figuras del testamento y de la fiducia civil. Nuestro Código Civil es claro en señalar al testamento como la expresión de la última voluntad de una persona en relación con sus bienes, su patrimonio.
- En tal sentido, y para lograr los efectos impresos en la nueva ley 1934 del 2 de agosto de 2018, la figura de la Fiducia civil o encargo fiduciario civil es totalmente desacertada pues la ley en comento se refiere exclusiva y taxativamente al testamento.
- La fiducia civil o encargo fiduciario civil es un contrato de mandato que se cumple bajo una condición y en favor de un tercero. Que la condición sea la muerte del fiduciante, es meramente accidental y mal se haría en suponer ésta como una expresión testamentaria, ya que solo hay una expresión de esta índole y es el testamento.
- Hay que ser claros en comprender que se puede constituir una fiducia por vía de testamento, pero no al revés.
- La fiducia civil o encargo fiduciario civil, que pretenda disponer de la totalidad de un patrimonio que desconozca, oculte, simule, defraude obligaciones alimentarias, Legitimarias, en sociedad conyugales, unión marital de hecho, Bienes sociales, será tenida como una acción ilegal que no soportará el reproche jurídico. En tal sentido, no es adecuada ni recomendable

Lo anteriormente descrito, despacha la cuestión subsidiaria en relación con que. *La fiducia civil o encargo fiduciario civil no podría, eventualmente, obviar los órdenes sucesorales*, por sustracción de materia ya que éste derecho se garantiza desde la constitución y el Código Civil.

Frente a todo lo analizado, entonces ¿cuándo puede ser usada ésta figura?

Este interrogante, no hace parte del cuestionamiento original objeto de investigación, pero si es consecuencia lógica del devenir investigativo y la respuesta es clara pero no es simple.

Efectivamente no se encontró en la codificación jurídica ni en las sentencias o tesis consultadas, alguna prohibición en el uso de esta herramienta legal cuando quiera que ésta proteja y respete las limitaciones en el ejercicio de los derechos reales de los bienes y su disposición consagradas en la ley. Así las cosas, si la fiducia civil respeta los órdenes sucesorales, las legítimas, la porción conyugal cuando exista, y las obligaciones a tercero, es viable jurídicamente. Sobre todo, si no existe oposición de los interesados.

Como vemos, el ejercicio de este contrato es muy diferente dependiendo del estado de la persona que lo ejerza y las obligaciones que pendan sobre su patrimonio, por vía directa o por reconocimiento anticipado por la ley.

Referencias

- Alfaro, R. J. (1920). Introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante, al trust del derecho inglés. Panamá: Imprenta nacional
- Annette, H. y Moya, P. H. (2012). *Libertad de testar en el derecho comparado*. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/251964618/Libertad-de-Testar-en-El-Derecho-Comparado>
- Bravo, J. R. (1986). La Fiducia Mercantil en el Derecho Tributario. *Revista Instituto Colombiano De Derecho Tributario*, p. 9-478.
- Barrios, A. A. (2002). *Asignaciones testamentarias forzosas a la luz del contrato* (tesis de grado, Universidad de la Sabana). Recuperado de <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5359/129393.pdf?sequence=1%20C%C3%B3digo%20Civil%20Colombiano%20art%C3%ADculos%20793%20AL%20822.%20Y%20http://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/5359?show=full>
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario jurídico elemental* (14.^a ed.). Colombia: Editorial Heliasta.
- Carmona, C. P. (2010). *Negocios inter vivos y mortis causa* [en línea]. Recuperado de <http://civilpersonasucc.blogspot.com.co/2010/10/negocios-inter-vivos-y-mortis-causa.html>
- Castresana, A. (1991). *Fides y Bona Fides: un concepto para la creación del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Child, P. (2011, nov.) *Beneficios de la fiducia Civil* [en línea]. Recuperado de <http://exitojuridico.blogspot.com.co/2011/04/fideicomiso-o-fiducia-civil-como.html>

Congreso de la Republica [Colombia]. (1873). *Ley 84 1873*. [Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873]. Recuperado de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr024.html#793

Corte Suprema de Justicia. (2015). *SC3864-2015. n.º 0526631030022001-00509-01* (F. G. Gutiérrez, magistrado ponente). Recuperado de

[http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer/Providencias/SC3864-2015%20\(2001-00509-01\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer/Providencias/SC3864-2015%20(2001-00509-01).pdf)

Corte Suprema de Justicia, (2006), T25.430 del 9 de mayo de 2006. A L Perez P, Magistrado ponente, recuperado de <http://www.lexbasesa.com/FrontPageLex/libreria/cl0003/2-19902--inembargabilidad-de-la-propiedad-fiduciaria-o-fideicomiso-civil-fiducia-civil.htm>

Cruz, H. (2014). *El proceso civil a partir del código general del proceso*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Echeverría E., M., Echeverría A., M. (2011). *Compendio de derecho sucesoral*. Cartagena: Universidad Libre. Recuperado de

http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/COMPENDIO_DERECHO.pdf

Enciclopedia Jurídica. (2014a). *Fiducia* [en línea]. Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/fiducia/fiducia.htm/>

Enciclopedia Jurídica. (2014b). *Jus utendi, jus fruendi, jus abutendi* [en línea]. Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/jus-utendi-jus-fruendi-jus-abutendi/jus-utendi-jus-fruendi-jus-abutendi.htm>

Enciclopedia Jurídica. (2014c). *Negocio jurídico* [en línea]. Recuperado de

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/negocio-jur%C3%ADdico/negocio-jur%C3%ADdico.htm>

Esparza, G. A. (2006). Fideicomiso, introducción a un estadio comparado de la legislación

Argentina, Méjico y Panamá. Buenos Aires: Ediciones Profesionales Gowa.

Guerrero, A. (s. f.). *Del régimen jurídico de la sucesión en Colombia: la nueva institución de la*

"sucesión entre vivos" y la donación. Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho. Recuperado de

<http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2493/1/TRABAJO%20GRADO%20C%20D%20CORREGIDO%20Y%20DEFINITIVO.pdf>

González, R. (2008). Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latino América. *Federación*

Latinoamericana de Bancos, "FELABAN", memorias. Recuperado de

http://www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120202926PM.pdf

Hernández, A. (2012, may. 21). *Derecho romano* [en línea]. Recuperado de

<http://alehernandez22.blogspot.com.co/2012/05/propiedad.html>

Hernández, M. P. (2013, ene.-mar.). El trust y el fideicomiso en las legislaciones

latinoamericanas. *Revista Foro Derecho Mercantil*, 38, 13-47. Recuperado de

http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil_d2f5154a2d5f0136e0430a0101510136

Ibarra, L. E. (1981). *Fiducia en el derecho colombiano* (Tesis doctoral en ciencias jurídicas,

pontificia Universidad Javeriana). Bogotá: Biblioteca Luis Ángel Arango.

Instituto Libertad y Progreso. (2013, nov. 5). *Libertad de testar* [en línea]. Recuperado de

<https://libertadprogresodotorg.wordpress.com/2013/10/31/fiscalia-radica-denuncia/>

Lean, H. (2012). *Diccionario jurídico Leyer*. Bogotá: Leyer editores.

Lexbasesa (2017). *Inembargabilidad de la propiedad fiduciaria o fideicomiso civil*. OFICIO

220-111308 [en línea]. Recuperado de

<http://www.lexbasesa.com/FrontPageLex/libreria/cl0003/2-19902--inembargabilidad-de-la-propiedad-fiduciaria-o-fideicomiso-civil-fiducia-civil.htm>

Mora, J. C. (2014). *manual de sucesiones teórico práctico*. Bogotá D.C.: Leyer.

Moler, K. M. (2017). *Análisis comparativo de los límites jurídicos en la libertad de disposición testamentaria del Código Civil peruano y el common law* (trabajo de grado, Universidad

Nacional De San Agustín, Perú). Recuperado de

<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/4583/DEmobekm.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Morales, A. (2016, oct. 12-14). La esencia del trust o fideicomiso. En A. Morales, XXV

Congreso Latinoamericano de Fideicomiso COLAFI 2016. Lima: Asbanc. Recuperado de http://www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20161025205641PM.pdf

Núñez, A. J. (2015, jun. 3). *Un paso más hacia la modernidad* [en línea]. Recuperado de

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15886259>

Ossorio, A. (2008). *El alma de la toga*. Madrid: Editorial Reus.

Palacios, L. R. (s. f.). *El negocio jurídico* (monografía) [en línea]. Recuperado de

<http://www.monografias.com/trabajos75/negocio-juridico/negocio-juridico2.shtml>

Peire, J. M. (2017, abr. 17). El contrato de fideicomiso. Breve reseña del fideicomiso en distintas etapas. *El derecho diario de doctrina y jurisprudencia* (272 ed.), 14.162(55), 1-8.

Recuperado de <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/04/17042017.pdf>.

Ramírez, R. (1999). *Sucesiones* (5.^a ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.

Real Academia Española. (2014). Fiducia. En Autores, *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed., ed. del Tricentenario). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=Hrcw2te>.

Rengifo, R. (2001). *La fiducia: legislación nacional y derecho comparado* (2.^a ed.). Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT.

Suárez, R. (1999). *Derecho de sucesiones* (3.a ed.). Bogotá: Editorial Temis.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2014, dic. 22). *Contratos bancarios, intuito personae, propiedad fiduciaria. Concepto 2014105471-004* [documento en formato .DOCX]. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1024376&downloadname=2014105471.docx>

Tafur, A. (2017). *Código civil colombiano*. Bogotá: editorial Leyer.

Terrazas. (1998) Orígenes y Cuadro del Fideicomiso, *Revista Chilena de derecho* vol. 25, No 4, pp 939-952, 1998, pagina 942.

Valencia Z. A y Ortiz M. A. (1994) *Derecho Civil*, tomo 1. parte general y personas, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, S.A. pag 232

Vélez, J. E. (2017). Naturaleza jurídica de los bienes con respecto a los cuales se constituye un fideicomiso civil. Instrucción administrativa Supernotariado y registro n.º 6 [comunicado]. Recuperado de https://www.supernotariado.gov.co/PortalSNR/ShowProperty;jsessionid=bN0W4PJbFn1hBQsQc_Df_zL0t_-iWrGi8_VPibX3liEy6M55zhT!-1632159862?nodeId=%2FSNRContent%2FWLSWCCPORTAL01148754%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased.

Weber M. (1922) Economía y Sociedad, exposición de motivos, aparte proyecto de ley de 2015,
hoy ley de la República No 1934 del 2 de agosto de 2018.página 5.