

Primera parte

Doctrina y Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
julio-diciembre, 2024

NULIDAD DE FIDEICOMISO CIVIL E INEFICACIA DE RESTITUCIÓN

Carlos Fradique-Méndez Sr.*
Académico de número

Resumen: El fideicomiso civil es institución en decadencia, y bajo la cultura de no estudiar los actos jurídicos conforme a sus elementos esenciales y aceptar en silencio las costumbres de los formatos, se cometen yerros jurídicos que se han podido evitar si se ejercen con el debido cuidado las obligaciones de control de legalidad que tienen las autoridades y funcionarios que deben autorizar la realización de actos jurídicos.

La restitución, en la fiducia, es la traslación de la propiedad por el fiduciario al fideicomisario o fideicomisarios. Traslación, es acción de trasladar y exige como esencia que haya una persona que traslada un derecho y otra u otras personas que lo reciben, por lo que se trata de un acto jurídico esencialmente bilateral y, por lo tanto, excluye la opción de que sea unilateral.

Palabras y expresiones clave: fiducia; fiduciario; fideicomisario; plazo; condición; muerte; hecho jurídico; traslado de derechos; acto bilateral; acto unilateral; ineficacia actos jurídicos; control de legalidad.

NULLITY OF CIVIL TRUST AND INEFFECTIVENESS OF RESTITUTION

Abstract: Civil trusts are falling into disuse and the use of templates, lack of analysis of the essential elements of the transaction, and the relevant particularities in each case, may result in legal errors which

* Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Consultor en temas de derecho civil y de familia.
Contacto: carlosfradique@outlook.com

may be avoided by a diligent legality review by the authorities and officers who are in charge of controlling and authorizing certain legal transactions.

In the context of trusts, a restitution implies the transfer of ownership by the trustee to the trustor(s). A transfer, in essence, requires the existence of a person who transfers the ownership and a person who receives it, which constitutes a bilateral act and in consequence, may not be unilateral.

Keywords: Trust; Trustee; Trustor; Term; Condition; Death; Legal transaction; Transfer or rights; Bilateral act; Unilateral act; Ineffectiveness of legal acts; Legality review.

La fiducia es institución milenaria

Lo tomo de la red. Etimológicamente, “la palabra fideicomiso viene del término latín *fideicommissum*, de la unión de las palabras *fide*, que quiere decir confianza o fe, y *commissum*, que significa comisión, lo que se traduce como “un cometido de confianza”.

El fideicomiso es, entonces, un encargo de buena fe para que el encargado, el fiduciario, entregue a otro, el beneficiario del encargo, fideicomisario, el bien que se denomina fideicomiso o bien entregado de buena fe para que se cumpla el encargo.

En el Derecho Romano –tomo las ideas del Diccionario de Jurisprudencia Romana del profesor Manuel Jesús García Garrido– el fideicomiso era una disposición en la que se confiaba en la buena fe del fiduciario, quien se encargaba de entregar el encargo, la comisión, a otra persona, llamada fideicomisario. Es una institución en la que prevalece la buena fe, aun cuando hubo casos en los que se utilizó para burlar leyes sobre sucesión y sobre impuestos.

En Colombia tomamos el fideicomiso del derecho chileno, desde los primeros códigos de los Estados en la Confederación Granadina, y es, en últimas, el que tenemos vigente, por supuesto sin olvidar que la fiducia civil ha perdido vigencia porque prevalece la fiducia mercantil.

El fideicomiso fue utilizado para desmejorar derechos hereditarios y hoy parece haberse reemplazado por la llamada sucesión en vida que regula el artículo 487 del CGP, del siguiente tenor:

PARÁGRAFO. La partición del patrimonio que en vida espontáneamente quiera efectuar una persona para adjudicar todo o parte de sus bienes, con o sin reserva de usufructo o administración, deberá, previa licencia judicial, efectuarse mediante escritura pública, en la que también se respeten las

asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales. En el caso de estos será necesario el consentimiento del cónyuge o compañero.

Los herederos, el cónyuge o compañero permanente y los terceros que acrediten un interés legítimo, podrán solicitar su rescisión dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que tuvieron o debieron tener conocimiento de la partición.

Fideicomiso y buena fe

Conforme a las notas citadas, hoy no hay duda de que el fideicomiso se puede constituir, pero bajo estrictas normas de buena fe, y que todo fideicomiso en el que no se respeten “las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales, queda viciado de nulidad y en subsidio de ineficacia”. Si el fideicomiso queda bien celebrado, pero lesiona derechos, ¿la acción será la rescisión?

Para el caso en estudio no procede la rescisión porque este fideicomiso queda viciado de nulidad y no genera obligaciones exigibles, como lo presento en la tesis que expongo.

Modelos de escrituras

Para exponer con mejor precisión el tema dejo a consideración el resumen básico de las escrituras de fideicomiso y de restitución que se encuentran en la red y que ofrecen entidades que tienen que ver con la constitución de fideicomisos.

ESCRITURA DE FIDEICOMISO

Fecha hipotética: 20 de enero de 2010

Clase de acto: ***Constitución de propiedad fiduciaria civil de carácter revocable***

Constituyente: Pedro Pedro

Fideicomisarios: xx, yy y *Juan Pedro*

Se presentó el constituyente y manifestó:

#. Que es dueño de los siguientes bienes

xxx xxx y los identifica.

#. Que conservando sobre los bienes la calidad de ***PROPIETARIO FIDUCIARIO*** constituye sobre ellos gravamen de fideicomiso revocable a favor de xx, yy, *Juan Pedro*

#. Que los bienes del fideicomiso son inembargables

#. Que, una vez verificada la condición, esto es la muerte del fideicomitente constituyente, los fideicomisarios otorgarán escritura pública de restitución del fideicomiso civil, acto en el cual se convierten en dueños absolutos de los bienes con la facultad de usar, gozar y disponer...

#. Que por ser un acto unilateral se reserva el derecho de cancelar el fideicomiso para recobrar el dominio pleno sobre los bienes del fideicomiso.

Es importante tener en cuenta que el fideicomiso se constituyó a título gratuito, lo que lo hace presumir como DONACIÓN para efectos de disposición del derecho y de pagos fiscales. Así se concluye de lo dispuesto en los arts. 1740 y 1741 del Código Civil. Pero una donación que no puede cumplirse porque no hay testamento y luego de muerto el fiduciario, no habrá donante que pueda transferir el dominio.

ESCRITURA DE RESTITUCIÓN

Fecha de otorgamiento: 20 de febrero de 2020

Clase de acto: **Restitución de bien sometido a propiedad fiduciaria civil de carácter revocable**

Un inmueble y cuotas sociales en sociedad Ltda.

Beneficiarios - compareciente: Juan Pedro, uno de los tres fideicomisarios (es el único compareciente).

Inmueble objeto del acto: lote de terreno

Establecimiento comercial: 50 cuotas sociales en sociedad de responsabilidad Ltda.

El fideicomisario compareciente manifestó:

#: Que por medio de la escritura No. xx se constituyó **fideicomiso civil de carácter revocable**. A favor de xx, yy, zz.

#: Que, en la cláusula novena de la mencionada escritura, el *CONSTITUYENTE* condicionó la restitución de los bienes constituidos fideicomiso, a su propio fallecimiento al establecer: “Que, una vez verificada la condición, esto es la muerte del fideicomitente constituyente...” los fideicomisarios otorgarán la escritura de restitución...

#: Que el fallecimiento del constituyente *Pedro Pedro* acaeció en la ciudad de xxx, el pasado 20 de enero de 2020, fecha en la cual, cumplida la condición el bien debe ser restituido de conformidad con lo estatuido por los

artículos 794 a 822 del Código Civil, en común y proindiviso y por iguales partes a favor de sus hijos xx, yy, zz.

#: **Cuantía:** Que para efectos fiscales la presente *restitución* tiene un valor de *cinco millones de pesos*.

#: Que ruega al señor R.I.P de xxx proceder al registro de la presente escritura, toda vez que se cumplió la condición de la cual pendía la restitución del inmueble en cabeza de los fideicomisarios y pide a la Cámara de Comercio que reforme los estatutos de la sociedad para ingreso de nuevos socios.

Es importante estudiar el alcance de los efectos fiscales, dado que el FIDEICOMISO se constituyó a título gratuito y en el evento de que fuera jurídicamente posible la traslación del dominio, debe hacerse a título gratuito y si se fijara precio ha debido ser un precio para el lote y otro para las cuotas sociales y para cada uno de los fideicomisarios.

Qué es el fideicomiso

Conforme al artículo 794 del CC

... 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.

Elementos del fideicomiso civil

Conforme a la norma anterior son los siguientes:

Fiduciante. La persona dueña del bien que constituye el fideicomiso. Los bienes deben estar perfectamente identificados conforme a los títulos de propiedad.

Fideicomiso. Los bienes que están con limitación de dominio y deben ser restituidos al cumplirse la condición.

Fiduciario. La persona que recibe el bien en propiedad fiduciaria y que debe cumplir con la transferencia, con la traslación del dominio una vez se cumpla la condición establecida. Puede ser el mismo fiduciante, caso en el que él y solo él puede transferir el dominio. En estricto sentido, debe ser persona diferente al constituyente. El artículo 807 permite que el constituyente goce fiduciariamente del fideicomiso.

Fideicomisario o fideicomisarios. Es el beneficiario o son los beneficiarios del fideicomiso. Su eventual derecho es recibir el derecho de dominio sobre los bienes del fideicomiso. No se los pueden autoadjudicar.

Condición. Es el hecho futuro e incierto que, ocurrido, genera obligación para el fiduciario de transferir la propiedad de los bienes del fideicomiso al o a los fideicomisarios en los precisos términos que se consignaron en la escritura pública de constitución. Por la mera ocurrencia de la condición no se transfiere el dominio. Cumplida la condición, la obligación de transferir, de trasladar el dominio se hace exigible y la debe cumplir el propietario fiduciario y solo él. Para la restitución o entrega del encargo, para la transferencia del dominio, si la propiedad debe ser registrada, se requiere escritura pública otorgada por el titular del derecho, es decir, el fiduciario.

Hay que distinguir la obligación condicional de la exigibilidad y cumplimiento de la obligación.

Para el caso del fideicomiso, el propietario fiduciario adquiere una obligación cuya exigibilidad depende del cumplimiento de la condición en los términos convenidos (art. 1541 CC) y los fideicomisarios solo podrán exigir el cumplimiento de la obligación de traslación del derecho (no confundir con tradición del derecho), luego de cumplida cabalmente la condición (art. 1542 CC)

Restitución. Es la traslación de la propiedad por el fiduciario al fideicomisario o fideicomisarios. Quien hace la restitución debe ser el dueño del fideicomiso, porque solo el dueño puede transferir propiedad. Por supuesto que los fideicomisarios deben estar presentes en el acto de traslación para que acepten la traslación o la rechacen. Por esta razón, la traslación de la propiedad que para el caso *no es tradición* sino título de traslación. Título de propiedad es un acto jurídico bilateral: quien traslada y quien acepta la traslación.¹

Tipicidad de los elementos del fideicomiso en el fideicomiso civil citado

En la escritura de constitución citada, el constituyente se reservó la propiedad, y se constituyó como propietario fiduciario y, como tal, recibiría los bienes del fideicomiso, y al ocurrir la condición, debería transferir a los fideicomisarios el dominio sobre los bienes del fideicomiso.

¹ Artículos 740, 793, 794, 1530 del Código Civil.

Esta transformación del constituyente de propietario pleno a propietario fiduciario, esta transfiguración el estilo bíblico (San Lucas 9, 28-36), deja dudas jurídicas, porque del texto del artículo 794 del CC citado, solo es posible esta conversión, si la restitución se debe hacer en vida del constituyente.

En gracia de discusión, admitamos que en el caso comentado, en una misma persona pueden concurrir las calidades de fideicomitente y de fiduciario como lo permite, *lato sensu*, el artículo 807 del Código Civil. No es fácil entender que una persona, que es dueña de un bien, pueda transferirse la propiedad a sí mismo para recibirla con un gravamen fiduciario. Es como aceptar que “yo me puedo ceder una propiedad a mí mismo” y, con el solo cambio unilateral, antes del CGP, transformar el bien en inembargable.

Como el constituyente se hace dueño fiduciario, adquiere la obligación de transferir la propiedad de esos bienes a los fideicomisarios, una vez él muera, muerte que así llanamente establecida no es una condición sino un plazo indeterminado, porque la muerte es un hecho ineluctable, es decir, no es incierto y, según el argot popular, es lo único cierto que tenemos en la vida.

Para el caso es necesario recordar el artículo 801 del Código Civil que reza: “...Las disposiciones a día que no equivalgan a condición, según las reglas del título *De las asignaciones testamentarias*, capítulo 3, no constituyen fideicomiso”.

En el capítulo 3, encontramos en el artículo 1139, *Asignaciones testamentarias a día*, y su párrafo 2 enseña: El día “...es cierto pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona.”

En los artículos 801 y 1139 encaja de manera perfecta el párrafo que se consignó en la escritura de constitución del fideicomiso: “...una vez verificada la condición, esto es, la muerte del fideicomitente constituyente” esta disposición a día cierto pero indeterminado no es condición, es plazo y como tal *no constituye fideicomiso*.

Es útil recordar un ejemplo preciso en el que la muerte es una condición. En la canción *Jaime Molina* del maestro Rafael Escalona encontramos la lección perfecta.

Jaime Molina, canción de Rafael Escalona

Recuerdo que Jaime Molina
Cuando estaba borracho ponía esta condición:
Que, si yo moría primero él me hacía un retrato
O, si él se moría primero le sacara un son.
Ahora prefiero esta condición,
Que me hiciera el retrato y no sacarle el son.

Jaime Molina murió y Rafael Escalona le compuso esta canción que es dechado de amistad y de cumplimento de la antes llamada “palabra de oro”.

No hago ninguna referencia a la validez del acto jurídico celebrado estando borracho, uno o ambos contratantes. Entre amigos como Jaime Molina y Rafael Escalona, la palabra es de oro y se cumple, como en efecto se cumplió.

Cuando el fideicomitente dice que se vuelve, se transfigura en fideicomisario y que se obliga, una vez muera, es decir, se obliga para cuando esté muerto a transferir, a trasladar, diferente a tradición del derecho de propiedad sobre ciertos bienes a un tercero o terceros llamados fideicomisarios, se está obligando a realizar algo que físicamente no podrá cumplir, es decir, está aceptando una obligación físicamente imposible de cumplir: aquella que contraría las leyes de la naturaleza, puesto que los muertos por sí mismos no pueden celebrar contratos por falta absoluta de capacidad y de voluntad.

Las obligaciones contraídas por las personas y que perduren luego de la muerte de estas, de ser conformes a derecho, las deben cumplir sus herederos y conforme a las normas de la sucesión, y si se trata de legados, además, conforme al testamento.

Y el que los muertos no pueden transferir derechos, no pueden celebrar actos jurídicos es, evidente, conforme al artículo 91 del CC, que enseña que la existencia de las personas termina con la muerte.

Recordemos lo dicho en el Eclesiastés 9:5-7: “...porque los que viven saben que han de morir; más los muertos nada saben, ni tienen más paga; porque su memoria es puesta en olvido.”

Seguimiento del derecho de propiedad sobre los bienes del fideicomiso

Para entender mejor la situación, debemos hacernos las siguientes preguntas: ¿Quién era el dueño de los bienes el 20 de enero de 2010, fecha

de la constitución del fideicomiso? Conforme al certificado de libertad del inmueble y al certificado de Cámara de Comercio, era Pedro Pedro.

¿Quién era el dueño de los bienes el 19 de enero de 2020, un día antes de la muerte de Pedro Pedro? Conforme al certificado de libertad del inmueble y al certificado de Cámara de Comercio, era Pedro Pedro.

¿Quién era el dueño de los bienes el 21 de enero de 2020, un día después de la muerte de pedro Pedro? Conforme al certificado de libertad del inmueble y al certificado de Cámara de Comercio, era Pedro Pedro. Pero, como murió, sus bienes siguiendo del propietario Pedro Pedro, y pasan a formar el Patrimonio Autónomo *Sociedad conyugal y herencia de PEDRO PEDRO, en liquidación.*

Esta afirmación tiene fundamento en los artículos 1012 y 1013 del Código Civil y la transferencia de esos bienes teniendo como propietario a PEDRO PEDRO, al patrimonio SOCIEDAD CONYUGAL y SUCESIÓN ILÍQUIDA, es de pleno derecho, por ministerio de la ley.

¿Quién era el dueño de los bienes el 20 de febrero de 2020, el día en que JUAN PEDRO, uno de los llamados fideicomisarios, otorgó lo que llamó escritura de restitución? Conforme al certificado de libertad del inmueble y al certificado de Cámara de Comercio y por la muerte de PEDRO PEDRO, el dueño sigue siendo PEDRO PEDRO, pero haciendo parte del PATRIMONIO AUTÓNOMO *Sociedad conyugal y herencia de PEDRO PEDRO, en liquidación.*

De lo anterior se colige: que Pedro Pedro nunca dejó de ser propietario de los bienes del fideicomiso y que, como consecuencia de su muerte, esos bienes siendo de propiedad de Pedro Pedro pasaron por virtud de la ley a formar parte del activo del patrimonio autónomo Sociedad Conyugal y herencia de Pedro Pedro, en liquidación.

Y esta afirmación de que Pedro Pedro sigue siendo dueño de los bienes, aun después de muerto, se entiende mejor si recordamos que en el trabajo de partición o de adjudicación de la herencia se tienen en cuenta los bienes de Pedro Pedro para adjudicarlos a quien corresponda por ley.

Adicional a las preguntas anteriores tiene cabida la siguiente:

¿En qué día, por medio de qué acto jurídico, por virtud de cuál disposición legal, Juan Pedro, durante el tiempo comprendido entre el 20 de enero de

2010, fecha de constitución del fideicomiso, el 19 de febrero de 2020, un día antes de otorgar la llamada escritura de restitución, se hizo propietario de los bienes que se limitaron como propiedad fiduciaria? La única respuesta posible es: Juan Pedro nunca ha sido dueño de los bienes del fideicomiso, y siendo fideicomisario solo tiene la expectativa de que el *propietario fiduciario*, de ser legal y de ser posible le haga *la traslación de una parte de esos bienes*.

Análisis de las tradiciones respecto de la propiedad del predio constituido en fideicomiso

(Excusas si esta reseña parece redundante, pero la hago para que las ideas propuestas queden claras y sean comprensibles).

En la matrícula encontramos cuatro anotaciones:

- La primera, compra por parte de Pedro Pedro. Tiene indicación de que es *dueño*.
- La segunda, la anotación de un fideicomiso y Pedro Pedro *sigue siendo el dueño*.
- La tercera anotación es una aclaración de un fideicomiso y Pedro Pedro *sigue siendo el dueño*.
- La cuarta es la anotación por transferencia de Pedro Pedro, con prueba plena de que al otorgar la escritura de declaración de que Pedro Pedro estaba muerto desde el 20 de enero de 2020, justo un mes antes de la mal llamada restitución. Esta anotación la he comentado a varios expertos en derecho inmobiliario y no pueden creer que mi relato sea cierto. ¿Cómo así que un muerto *interviene en una escritura* para transferir una propiedad? ¿Cómo así que sin que el muerto haya intervenido en la escritura, mal llamada de restitución, el Sr. registrador lo inscribe como *interviniente* con manifestación de que transfiere una propiedad?

Y preguntan: ¿cómo es posible que Juan Pedro, sin ser dueño, sin tener poder para obrar en nombre de Pedro Pedro se presenta para dejar constancia en escritura pública de que su padre ha muerto y de esa constancia el señor registrador de Instrumentos Públicos osa afirmar que Pedro Pedro intervino para transferir el dominio del predio a unas personas que *no intervinieron en la escritura*?

Toda explicación que se quisiera dar para justificar la anotación contraria, la verdad, es vana.

¿Acaso hay norma legal que diga que la muerte de una persona transfiere de pleno derecho la propiedad a otra?

El artículo 794 del CC es claro al establecer que la transferencia del dominio de un fideicomiso depende del cumplimiento de una condición. La muerte de una persona no es condición como lo enseñan los artículos 801 y 1139 del CC.

Y enseña que la *traslación de la propiedad* se debe hacerse luego de *cumplida la condición* y, por supuesto, que la debe hacer quien sea titular del derecho de propiedad.

En este caso, muerto Pedro Pedro, la propiedad sigue en cabeza de Pedro Pedro, ahora como parte del activo de *la sucesión sociedad conyugal en liquidación* y, mientras no se adjudique el bien, *no se puede vender*, porque el único título de transferencia es la adjudicación, bien como cuota de gananciales, bien como derecho de herencia.

Una anotación sobre las legítimas y los gananciales

De manera ligera se cree que un fideicomitente, el constituyente del fideicomiso, puede disponer de sus bienes en fideicomiso civil y además gratuito en el que sigue siendo el dueño, sin limitaciones de ninguna naturaleza. La jurisprudencia y la doctrina han reiterado que el fideicomitente por medio del fideicomiso no puede desconocer los derechos de legítimas y los de sociedad de gananciales en sociedad conyugal, y hoy los de gananciales en sociedad surgida por virtud de la Unión Marital de Hecho, que llamo matrimonio consensual, si los desconoce, el fideicomiso es nulo.

Un fideicomiso gratuito es en verdad una donación y debe acatar lo dispuesto en los artículos 1470 y 1471 del Código Civil.²

Sobre el fraude para desconocer las legítimas y los gananciales hay varios trabajos presentados como requisito para optar al título de abogado y estudios de posgrado y se pueden consultar en la red.

Una sentencia reciente y muy ilustrativa es la dictada por la Corte Suprema de Justicia, M.P. Hilda González Neira, SC-2906-2021 Rad. 05001-31-03-

² Véase la Sentencia de casación del 7 de marzo de 1932. *Gaceta XXXIX*, página 539.

017-2008-00402-01 (Aprobado en sesión virtual de ocho de julio de dos mil veintiuno) Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintiuno (2021) cuya lectura recomiendo.

No está por demás advertir que el fideicomiso es nulo cuando el objeto es desplazar bienes del patrimonio del constituyente para darles el carácter de inembargable y burlar el pago de sus deudas. El objeto ilícito en este caso es evidente.

Un registro imposible de creer que se haya realizado

Aun cuando puede ser adelantado este comentario, para no perder el hilo, luego de varios reparos al registro de la escritura llamada de restitución, el registrador ordenó la restitución del turno y luego proceder al registro.

Durante este periodo, solicitud de registro y restitución de turno, uno de los hijos, a la sazón fideicomisario, se opuso al registro y presentó razones de fondo para apoyar la calificación, el análisis jurídico de la llamada escritura de restitución, con el fin de que se estudiara a fondo si reunía las exigencias de ley para acceder al registro, como lo ordena el artículo 16 de la Ley 1579 de 2012.

El registrador ignoró ese documento que era de apoyo jurídico, y, al final, se hizo el registro de la escritura de restitución en los siguientes términos:

- Fecha de la anotación: tres días después de otorgada la escritura y no la fecha de registro verdadero, que es un año y seis meses después de presentada la solicitud de registro.
- Dijo que el acto que se inscribía era restitución en fideicomiso civil.
- Dijo que los comparecientes en la escritura de restitución fueron Pedro Pedro quien en la fecha de la escritura hacía ocho días había muerto, muerte que se probó justo con el certificado de defunción que se protocolizó en la escritura de restitución y lo hizo comparecer como la persona que trasladaba el dominio a los fideicomisarios, a quienes también señaló como intervinientes sin haber intervenido.

No se puede explicar cómo el registrador afirma que el muerto comparece sin haber comparecido y, además, que compareció para hacer la traslación del derecho de dominio sobre los bienes del fideicomiso. Es la primera vez que me entero de que un registrador da fe de que un muerto comparece, sin comparecer, a un acto de traslación de dominio y además que el muerto es

quien hace la traslación. Y tampoco se puede explicar cómo el registrador da fe de que los fideicomisarios comparecieron, sin comparecer, y que aceptaron la traslación del dominio que les hizo el muerto.

Por supuesto que ese registro es manifiestamente ilegal, en virtud de los gravísimos errores cometidos en el registro, y no crea derechos, como lo dispone el artículo 60 de la Ley 1579 de 2012.

Están en trámite los recursos de ley para que se corrija o se cancele el registro que deberá considerarse como hito de lo jurídicamente imposible.

Tipicidad de los elementos del acto jurídico en la restitución citada

En la misma escritura de constitución del fideicomiso, a la que me estoy refiriendo, se autoriza a los fideicomisarios para que ellos otorguen la escritura de restitución una vez muera el constituyente.

Esta delegación es jurídicamente imposible de cumplir, porque como el constituyente es la persona que irremediablemente habrá de fallecer y es el propietario fiduciario de los bienes, al momento mismo de su fallecimiento, sus bienes, sin alterar el titular de la propiedad, entran a formar parte del activo del patrimonio autónomo *sociedad conyugal-herencia en liquidación* y solo los herederos, luego de la liquidación y adjudicación de bienes, podrán disponer de esos bienes. Recordemos los artículos 1012 y 1013 del Código Civil.

Ese patrimonio autónomo es diferente del fallecido y se tiene como capacitado para ser parte en procesos, tal como lo dispone el artículo 53 del CGP, y solo lo atan las obligaciones nacidas conforme a derecho o las que de buena voluntad acepten todos los herederos o interesados.

Los bienes que entran a formar parte del activo y pasivo de la sociedad conyugal y de la herencia son los que existan o deban existir al momento del fallecimiento de la persona, sin alterar la titularidad del dominio, como lo enseñan entre otros artículos los ya citados, 1012 y el 1013 del Código Civil.

Obligación físicamente imposible

Para entender cuando una obligación es físicamente imposible de cumplir, invito a que recordemos la lección que aprendimos en nuestras clases de obligaciones en el *Mercader de Venecia*, obra del gran William Shakespeare

o en la canción popular *Mátese media vaca*, del maestro Antonio María Peñaloza.

En el Mercader de Venecia el fiador se obligó a pagar una deuda en dinero, con una libra de carne de su propio cuerpo. El acreedor exige el pago de la deuda al fiador, previo rechazo del pago en efectivo. El abogado del fiador acepta que se pague la deuda con la libra de carne, pero siempre y cuando no se lesione al fiador ni se derrame una sola gota de sangre, pues lo debido es carne y no sangre, y no se puede lesionar a la persona para tomar la libra de carne. Como no es físicamente posible que se tome la libra de carne sin lesionar y sin derramar sangre, la obligación de pagar con la libra de carne es imposible y tiene objeto ilícito y la fianza es nula.

En la canción *Mátese media vaca*, del maestro Antonio María Peñaloza, se enseña lo siguiente:

... El alcalde de Zapata
En uso de facultades legales y considerando:
Que el pueblo de Zapata se sobra con media res
Resuelve, artículo único:
Mátese media vaca

La imposibilidad física de matar media vaca es evidente y no requiere explicación adicional. Nadie puede matar media vaca, es físicamente imposible matar media vaca, y como tal la obligación de matar media vaca no se puede exigir y no se puede cumplir.

De la misma manera, no se puede cumplir la obligación en la que el constituyente del fideicomiso dice: “Yo propietario fiduciario les haré transferencia del dominio sobre tal lote, luego de que yo muera”. Por mejor decir, les haré la transferencia, la traslación del dominio cuando esté muerto. Me levantaré de la tumba como lázaro e iré a la notaría a firmar la escritura que sirva de título de transferencia del dominio.

Y decir que los fideicomisarios, pueden hacerse transferencia del derecho de propiedad sobre los bienes del fideicomiso es un despropósito legal porque, (i) no son dueños de los bienes y (ii) porque muerto el fiduciario sus bienes pasan de pleno derecho al patrimonio autónomo sucesión, sociedad conyugal en liquidación.

No es posible entender que disponga que los fideicomisarios se pueden hacer transferencia de dominio de un derecho de propiedad que ellos no

tienen, porque su expectativa es a recibir el derecho del propietario fiduciario, y como este estando muerto no puede realizar actos jurídicos, su derecho es imposible de satisfacer, y si uno de los fideicomisarios unilateralmente pretende transferirse el dominio sobre el fideicomiso, esa “imaginada restitución” resulta ineficaz.

Además, el acto de traslación, de transferencia de un derecho de dominio, para su celebración es esencialmente bilateral, o lo que es lo mismo “requiere la conjunción o confluencia de dos declaraciones de voluntad”, que no son otras que la de la persona que traslada y la de la persona que acepta la traslación. No se puede trasladar el dominio a quien no manifiesta que lo acepta. Y es importante recordar que hay diferencia entre el acto jurídico bilateral que para su existencia requiere de la concurrencia de dos voluntades y contra bilateral que es el que genera obligaciones para ambas partes o para las varias partes que intervienen en su celebración.

Conviene aclarar que el fideicomiso comentado no genera obligaciones a favor de terceros y a cargo de la sucesión, por la elemental razón de que las asignaciones *post mortem* solo se pueden hacer en testamento y lejos, muy lejos de que se pueda asimilar el fideicomiso civil en estudio a un testamento que es un acto que no se asimila a ninguno otro.

En la escritura de “restitución” citada, uno, *solo uno*, de los fideicomisarios se presenta a la notaría y en concreto se limita a decir:

1. Que por medio de la escritura *No. xxx* se constituyó *FIDEICOMISO CIVIL DE CARÁCTER REVOCABLE. A FAVOR DE xx yy zz*
2. Que la condición es la muerte del constituyente. Se trata de una muerte que debía ocurrir, hecho cierto, aun cuando no se tenía fecha cierta.
3. Que muerto el constituyente “los fideicomisarios otorgarán la escritura de restitución.”
4. Que el constituyente falleció tal día...
5. Que establece una cuantía para este acto.

Es una escritura ilegal que el notario, luego del control obligatorio de legalidad, ha debido no autorizar puesto que el fideicomisario no es dueño del inmueble ni de las cuotas sociales a que hace referencia y la calidad de no dueño del compareciente se deduce de manera simple y fácil de la lectura de la matrícula inmobiliaria y del certificado de constitución y gerencia de la sociedad Ltda y del certificado de defunción del constituyente.

¿En qué aparte de esta escritura de restitución el fideicomisario *no dueño*, porque legalmente no lo es, dice que *traslada* o transfiere la propiedad que ejerce sobre el inmueble a los otros dos fideicomisarios y que parte de esa propiedad se la traslada a él mismo?

¿En qué aparte de esta escritura de restitución el fideicomisario *no dueño*, porque legalmente no lo es, dice que *traslada* o transfiere la propiedad que ejerce sobre las cuotas sociales en la sociedad Ltda. a los otros dos fideicomisarios y que una parte de esas cuotas sociales se las traslada a él mismo?

La respuesta es en ninguna de las cláusulas de la escritura se hace esta traslación y además es jurídicamente imposible que el fideicomisario que otorga la escritura se traslade a sí mismo una propiedad que no tiene y que si la tuviera es jurídicamente imposible adjudicarse un derecho que ya se tiene.

Recordemos que la “condición” era la muerte del constituyente y la muerte *per se* es un hecho jurídico y como tal excluye que pueda ser un acto jurídico que transfiera la propiedad. La muerte genera consecuencias jurídicas que deben ser reconocidas ante autoridad competente, y como no es acto jurídico, en ninguna circunstancia se puede tener como título traslativo de derechos.

Si retomamos las consecuencias de la muerte, conforme a los artículos 1012 y 1013 del Código Civil, por ministerio de la ley activa derechos en el patrimonio autónomo sucesión y sociedad conyugal ilíquidas, pero sin alterar la propiedad de los bienes que forman la masa sucesoral.

Dejar constancia en escritura pública de que el *constituyente fiduciario murió* no es un acto jurídico por virtud del cual se transfiera el derecho de dominio sobre un bien, porque esta transferencia, que para el caso de inmuebles es el título de propiedad, requiere del lleno pleno de los requisitos de todo acto jurídico, al tenor del artículo 1502 del CC.

Recordemos que la restitución, al tenor del artículo 794 del CC es la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se constituyó el fideicomiso, que es justo el fideicomisario, o sea la persona a quien debe llegar la propiedad fiduciaria.

De la manera clara, sencilla, elemental como debe leerse y entenderse, el artículo 794, párrafo 4, (art. 23 del CC) por tratarse de un acto jurídico de traslación del dominio, deben necesariamente concurrir quien transfiere la propiedad y quien o quienes la reciben, de tal manera que la restitución es

un acto jurídico esencialmente bilateral en su celebración, lo que excluye toda opción de que pueda ser unilateral en su celebración.

Es procedente recordar el artículo 3 de la Ley 1579 de 2012, Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos:

ARTÍCULO 3o. *Principios*. Las reglas fundamentales que sirven de base al sistema registral son los principios de:

d) Legalidad. Solo son registrables los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción;

f) Tracto sucesivo. Solo el titular inscrito tendrá la facultad de enajenar el dominio u otro derecho real sobre un inmueble salvo lo dispuesto para la llamada falsa tradición.

Este principio es vital: *solo el titular inscrito* puede enajenar. En este caso, solo Pedro Pedro y de ninguna manera puede enajenar Juan Pedro porque no es *titular inscrito* del inmueble.

Y en cuanto a la traslación de dominio sobre las cuotas sociales de la sociedad Ltda., es imposible la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, porque por medio de la fiducia no se pueden modificar los estatutos de la sociedad que regulan el procedimiento esencial, solemne para ceder o vender las cuotas sociales. Ese trámite exige asamblea de socios, oferta de cesión, derechos de preferencia y otros.

¿Fideicomiso civil anulable, supuesta restitución ineficaz?

En el caso comentado, el fideicomiso es *anulable y la restitución es ineficaz* y tomo notas de la sentencia del honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. (30) de abril de dos mil doce (2012) Rad. 25000-23-26-000-1995-00704-01(21699).

Negocio jurídico. Eficacia e ineficacia/Contratación estatal. La eficacia, en sentido lato del contrato, se refiere a la plenitud de la producción de sus efectos jurídicos, o sea, a los derechos y obligaciones que de su celebración surgen para las partes y sus proyecciones respecto de terceros, extraños al interés dispuesto, pero afectos a su disposición. En cambio, la ineficacia del contrato es la no producción de los efectos que debiera producir con ocasión de su celebración, bien sea porque: a) para el ordenamiento jurídico el negocio es inexistente, es decir, no produce efecto alguno; b) o resulta inválido o nulo,

o sea, que nacido a la vida jurídica, los efectos que de su existencia emanan pueden ser anulados o aniquilados por presentar irregularidades o vicios frente a la ley; c) o por disposición legal o particular se difieren sus efectos, como cuando se somete a condiciones por las partes o requiere de autorizaciones legales que lo activen. [...] la ineficacia *lato sensu* de un negocio jurídico se refiere a su carencia de efectos, por motivos diferentes, que versan sobre la carencia de los elementos para su nacimiento –inexistencia–; o por predicarse del mismo defectos, distorsiones, vicios o irregularidades –invalides–; o por circunstancias que le inhiben relevancia –condiciones o situaciones subordinantes– según se trate, que emergen de un juicio negativo.³

El fideicomiso es nulo porque no cumple con el requisito esencial de establecer una verdadera condición, pues la muerte pura y simple como hecho inexorable es un plazo cierto de día indeterminado porque de antemano se sabe que la muerte va a ocurrir, es un hecho cierto pero con fecha incierta, lo que hace que el tiempo de ocurrir el hecho sea indeterminado y además no cumple con el requisito de haber constituido a un *propietario fiduciario* capaz de transferir la propiedad porque se refiere al propietario fiduciario muerto y dispone que los fideicomisarios *que no son dueños* se transfieran a sí mismos una *propiedad, que no tienen*.

Y la escritura de restitución es ineficaz. Y lo es de pleno derecho, porque el fideicomisario que compareció se limitó a declarar que el *constituyente* había muerto en tal fecha y nada más. Y por supuesto que esta declaración es ineficaz para transferir dominio, por la razón elemental de que el compareciente no es *titular de la propiedad* sobre los bienes del fideicomiso, y, como tal, nada puede transferir, como lo enseña la sentencia del Derecho Romano que reza:

Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet. Nadie puede transferir a otro más derecho que el que tiene.

El obligatorio control notarial de legalidad

Todos los funcionarios públicos o que prestan un servicio público tienen la obligación ineludible de hacer control de legalidad a los documentos y actos jurídicos que deban autorizar.

Para el caso en estudio, el notario debió hacer control de legalidad a la *fiducia para advertir al que se pretende constituyente* que la muerte como

³ Artículo 1501 del Código Civil; artículo 897 del Código de Comercio, artículo 898 del Código de Comercio.

tal no es condición y que al morir el constituyente la propiedad sobre esos bienes entra de pleno derecho a formar parte del activo de la sociedad conyugal y de la herencia, y que como los fideicomisarios no son titulares del derecho de dominio, no pueden cumplir con el deber de restitución.

Y también ha debido advertir que con el fideicomiso *no se pueden* desconocer los derechos de legítimas y los que corresponden como cuota de gananciales. Y si el constituyente insiste, el notario debe dejar en la escritura de manera clara estas advertencias.

Y en cuanto a la escritura de restitución se refiere el notario debió hacer control de legalidad y advertir que el otorgante fideicomisario no es el titular del derecho de dominio del inmueble y de las cuotas sociales y que en esas condiciones no puede cumplir con el deber de restitución. Esa advertencia debió quedar por escrito.

Aquí es necesario recordar lo que ordena el Decreto 960 de 1970, Estatuto del Notariado.

ARTÍCULO 21. El notario *no autorizará el instrumento* cuando quiera que por el contenido de las declaraciones de los otorgantes o con apoyo en pruebas fehacientes o en hechos percibidos directamente por él, llegue a la convicción de que el acto sería absolutamente nulo por razón de lo dispuesto en el artículo 1504 del Código Civil.

ARTÍCULO 31. Los inmuebles que sean objeto de enajenación, gravamen o limitación se identificarán por su cédula o registro catastral si lo tuvieren; por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados, y por sus linderos. Siempre que se exprese la cabida se empleará el sistema métrico decimal.

ARTÍCULO 32. *Será necesario indicar precisamente el título de adquisición del declarante* que dispone del inmueble o que lo grava o afecta, *con los datos de su registro*. Si el disponente careciere de título inscrito, así lo expresará indicando la fuente de donde pretende derivar su derecho.

Ahora lo que ordena el Código Civil

ARTÍCULO 1502. *Requisitos para obligarse*

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1º.) que sea legalmente capaz.

2º.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3°.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4°.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

En el caso de establecer la muerte como condición y la transferencia del derecho de dominio luego de la muerte, siendo el constituyente el propietario, el objeto es ilícito porque contraviene una norma que establece elementos esenciales de la fiducia como son la expresión de una condición y la restitución por quien al momento de hacer la traslación sea el titular del derecho de dominio.

Conclusiones

1. El fideicomiso constituido, si el constituyente se hace fiduciario y la “condición” es su muerte pura y simple, que en verdad es un plazo indeterminado, es nulo por *objeto imposible de cumplir* pues los muertos no pueden transferir dominio por falta total de capacidad y de voluntad. Recordemos el artículo 801 del CC.
2. La manifestación hecha por el o los fideicomisarios de que restituyen un fideicomiso porque el constituyente murió es ineficaz de pleno derecho, porque ellos no son los dueños del fideicomiso y no es posible que alguien diga “me hago dueño” de tal bien porque la persona que era dueña murió y por la muerte se me transfiere la propiedad.
3. Como con esta declaración se pretenden lograr efectos jurídicos, la obligación de las autoridades es *hacer el control obligatorio de legalidad* y negarle efectos jurídicos, ineficacia de pleno derecho y rechazar toda inscripción o semejante que se pretenda con esos documentos. Es lo mismo que se debe hacer cuando se pretende un pago con un billete falso o una tarjeta bancaria robada.

Bibliografía

CÓDIGO CIVIL. Bogotá: Editorial Temis- Ortega Torres, 1983.

PESCIO, Victorio. *Manual de Derecho Civil*, I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1958.

RODRÍGUEZ, Alessandri y Manuel Somarriva. *Curso de Derecho Civil*, II. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1940.