

Segunda parte

Discursos de los académicos en sesiones solemnes: Miembros honorarios, ascenso a Miembros de número e ingreso como Miembros correspondientes



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
enero-junio, 2025

EL FIDEICOMISO COMO SUSTITUTO DEL PROCESO DE SUCESIÓN*

Gabriel Correa Arango**

*Académico correspondiente,
capítulo seccional (Medellín)*

Resumen: El propósito esencial de este ensayo es hacer la defensa de una institución jurídica, que viene siendo objeto de inmerecidos ataques en diversos escenarios judiciales y administrativos del país sin ninguna justificación seria y convincente desde el punto de vista jurídico. Se trata de la fiducia civil o “encargo fiduciario civil” cuya naturaleza y efectos han sido objeto de erróneas interpretaciones, restándole así su eficacia como instrumento jurídico válido para que una persona transfiera válidamente bienes a otra, pudiendo además obviar el trámite de procesos sucesorales, a veces, complejos y dispendiosos. En rigor, el objetivo central de este trabajo es tratar de demostrar que la institución del fideicomiso continúa vigente, que su presunto anacronismo carece de una sustentación seria y que, utilizada de buena fe y sin rasgo alguno de dolo o intención de dañar a un tercero, como lo exige la ley respecto de la celebración de todo acto jurídico, es un instrumento legal, eficaz e idóneo, para lograr que la propiedad de unos bienes pase de una persona a otra, incluso después de su muerte, sin que sea necesario la tramitación de un complejo proceso sucesoral de naturaleza notarial o judicial.

* Trabajo presentado en sesión solemne del 24 de octubre de 2024, para el ingreso como Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogado consultor en Derecho comercial y societario; tratadista de Derecho privado; defensor del consumidor financiero del BTG Pactual Colombia.
Contacto: gabrielcorrea2149@gmail.com

Palabras y expresiones claves: Fideicomiso; fideicomitente o constituyente; fiduciario; fideicomisario o beneficiario; propiedad fiduciaria; Código Civil; acto jurídico unipersonal; contrato; legítimas rigurosas; herederos; restitución; condición; simulación.

THE TRUST AS A SUITABLE SUBSTITUTE FOR THE INHERITANCE PROCESS

Abstract: The essential purpose of this essay is to defend a legal institution that has been subject to undeserved attacks in various judicial and administrative scenarios in the country, without any convincing legal justification. It is the civil trust or “civil fiduciary commission”, whose nature and effects have been distorted, thus rendering it ineffective as a valid legal instrument for a person to validly transfer assets to another person, thus avoiding complex and costly inheritance proceedings: The main objective of this work is to try to demonstrate that the institution of the trust is still in force, that its alleged anachronism lacks serious support and that used in good faith and without any trait of malice or bad intention, as required for the execution of any legal act, it is a legal instrument, effective and suitable to achieve that the ownership of some assets passes from one person to another even after his death, without the need for the processing of a complex succession process of notarial or judicial order.

Keywords: Trust; Settlor or Constituent; Fiduciary; Trustee or Beneficiary; Fiduciary Property; Civil Code; Unipersonal Legal Act; Contract; Simulation; Rigorous Legitimas, Heirs; Restitution; Condition.

Prenotandos

Debe admitirse que el fideicomiso civil presenta ciertos rasgos de complejidad, en cuanto rompe con los esquemas tradicionales de los derechos reales a los que se refiere nuestro Código Civil. Para una cabal comprensión del tema propuesto, es indispensable que el lector disponga de una información básica de carácter jurídico sobre esta modalidad convencional unipersonal, reglada por nuestro Código Civil (art. 793 ss), como lo es su definición, su naturaleza, su estructura como acto jurídico, y el papel de los intervinientes en su funcionalidad operativa.

Definición legal y descripción del fideicomiso

La alternativa jurídico-económica de transferencia de un patrimonio, o de parte de él, a otra persona surge en la vida de los particulares, cuando por sus especiales circunstancias de vida y/o sus proyecciones económicas hacia el futuro se preguntan: cuando muera, ¿cuál será el destino de mis bienes y la suerte económica y financiera de aquellas personas de mis afectos? ¿Cómo puedo desde ahora, en vida, proteger patrimonialmente a esas personas

de una manera legal y eficaz, utilizando a tal efecto los mecanismos que prevé la ley colombiana? Para dar respuesta a este interrogante se hace imprescindible abordar el análisis de los rasgos fundamentales de la institución del fideicomiso como una de las alternativas válidas y eficaces de responder al interrogante anterior.

Luego de tratar del *derecho de dominio*, que es aquel derecho real que se tiene respecto de una cosa corporal *para gozar y disponer de ella libremente, no siendo contra la ley o el derecho ajeno*, el legislador colombiano se ocupa de las limitaciones con las cuales este dominio puede afectarse mediante la constitución de otros derechos reales que impidan o restrinjan ese uso, ese goce, o, incluso, la disposición plena de las cosas sobre las cuales recae.

El artículo 794 del Código Civil en realidad no define lo que es propiamente el acto jurídico denominado fideicomiso, sino que define, más bien, una modalidad especial del derecho real de propiedad denominada “propiedad fiduciaria”: “*se trata de aquella que está destinada a pasar de una persona a otra por el hecho de cumplirse una condición prevista por el constituyente, mediante la celebración del acto jurídico de constitución del fideicomiso*”. Es algo similar a afectar una propiedad con la constitución de un patrimonio de familia inembargable, a la afectación de un inmueble para destinarlo a vivienda familiar, o a la constitución de un usufructo o una servidumbre.

Mediante el fideicomiso, una persona llamada fideicomitente, actuando en ejercicio legítimo de su derecho de dominio, en virtud del cual puede usar, gozar y *disponer libremente de sus cosas corporales, no siendo contra la ley o el derecho ajeno*, emite, mediante el otorgamiento de una escritura pública, una declaración unipersonal de voluntad con el propósito esencial de que los bienes objeto de esa declaración sean transferidos en propiedad plena a unos beneficiarios por él determinados, una vez se cumpla una condición igualmente definida por ese mismo fideicomitente de manera libre y autónoma. Es la transferencia del dominio de esos bienes fideicomitados, y no otra cosa, lo que constituye el objeto propio del acto jurídico unipersonal conocido como fideicomiso civil.

Ciertamente, el fideicomiso es, en esencia, un acto de disposición de bienes a cargo del fideicomitente, pero de carácter condicional: es una forma, una modalidad especial en la que se puede presentar el derecho de propiedad,

pero con un carácter restringido y resoluble, en el momento en que se cumpla una determinada condición impuesta por ese fideicomitente. Se trata, en otras palabras, de una forma especial en la que se presenta el derecho de propiedad, un estado jurídico de este, que tiene ciertas similitudes y analogías con el usufructo en cuanto al goce y disfrute de la cosa afectada, y que constituye, como este, una limitación al derecho de propiedad del constituyente.

Lo que el constituyente pretende, generalmente, en la práctica, es consignar en el fideicomiso una última voluntad, acudiendo al hecho de su muerte como evento específico que va a determinar la restitución de los bienes objeto de este a un tercero beneficiario. Por ello, la normativa prevé que se pueda constituir también por testamento, acto jurídico igualmente solemne, en cuanto que también comporta el otorgamiento de una escritura pública.

Además, la naturaleza de esta institución del fideicomiso consiste en un acto jurídico de mera liberalidad, sin rasgo alguno de obligatoriedad para el fideicomitente; este, al constituir el fideicomiso no está cumpliendo ninguna obligación de carácter legal ni contractual adquirida precedentemente con un tercero, de tal manera que se vea compelido a la constitución de ese fideicomiso. La razón para constituir un fideicomiso no es otra que el aprovechamiento de una opción que otorga la ley (arts. 794 a 822, CC) a las personas, mirando al porvenir, de ejercer una previsión y un control sobre su patrimonio atendiendo a los lazos emocionales que ha creado durante su vida (de afecto, de amor, de amistad, de interés económico, etc.).

Naturaleza jurídica y clasificación del fideicomiso civil

La autonomía de la voluntad y la fuente de las obligaciones

Los particulares, de acuerdo con su mejor conveniencia, y de manera libre y espontánea, pueden decidir el contenido, el alcance, las modalidades y las condiciones de los actos jurídicos que celebran. Esta es la noción de la “autonomía de la voluntad privada”. *Estos actos jurídicos que los particulares celebran legalmente, más concretamente sus estipulaciones libremente consentidas, revisten para sus agentes y también para los jueces encargados de aplicarlas (como la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales) una fuerza vinculante de tal entidad, que se asemeja a la propia ley emanada del Estado.* (El énfasis es nuestro)

Bajo este parámetro, el artículo 1494 del Código Civil, que se refiere a las *fuentes de las obligaciones*, dispone, a su turno, que estas nacen, ya “del concurso real de voluntades de dos o más personas como en el contrato [...], ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga como sucede en la aceptación de una herencia”.

Ambas opciones están enmarcadas dentro de un concepto más amplio, que es el de *acto jurídico*, que consiste en una declaración de voluntad de una persona (unipersonal), o de más personas (pluripersonal), que se celebra conforme a la ley, y que está destinado a producir efectos jurídicos como crear, modificar o extinguir obligaciones.

Los contratos, en realidad, son los actos jurídicos más frecuentes en la vida civil; son actos de varias personas porque consisten en el acuerdo de dos o más voluntades respecto de una prestación jurídica. Pero, también es posible que el acto jurídico sea obra de la voluntad de una sola persona, siendo el testamento el prototipo de esta especie, aunque hay otros como la aceptación de la herencia, su repudiación, la oferta, e indudablemente el fideicomiso civil que se estudia. Tanto el acto jurídico unipersonal como el contrato son simplemente especies o modalidades del acto jurídico, que es el género.

Esta clasificación, como puede observarse, obedece al número de partes que intervienen en la celebración del acto jurídico, o sea, los sujetos de derecho a quienes se atribuye de manera real o presuntiva la celebración del acto.

Naturaleza jurídica

En ese contexto, podemos afirmar que el fideicomiso civil efectivamente *es un acto jurídico unipersonal*, porque en este solo participa un agente, una sola persona, el constituyente, quien emite una declaración de voluntad, que está destinada a producir determinados efectos jurídicos y económicos en el ámbito de su patrimonio.

Para abordar de manera comprensible y coherente este tema es preciso indicar que el derecho de propiedad es transmisible y transferible por su misma naturaleza, es decir, el propietario puede transferir durante su vida todos los bienes que le pertenecen, ya sea vendiéndolos, permutándolos, donándolos o aportándolos a una sociedad. *Si en vida, el dueño de los bienes*

puede transferir el dominio de ellos, de todos sus bienes, igualmente y con mayor razón, puede limitarlo, como ocurre precisamente en el caso del fideicomiso.

También puede disponer de esos bienes para después de su muerte, dejándolos por disposición testamentaria a sus parientes o a las personas extrañas que considere a bien, en los términos de la ley. Recordemos que, actualmente, por vía sucesoral, la mitad de los bienes es de libre disposición.

De esta manera podemos reiterar que el fideicomiso civil es un acto jurídico unipersonal y solemne y no un contrato, porque para su constitución o formación basta la sola manifestación de la voluntad del constituyente; en el contrato, por el contrario, se exige el concierto de la voluntad de dos partes, al menos. El fideicomiso se forma por la manifestación simple o singular de la voluntad del fideicomitente sin necesidad de la intervención de otra persona. Existe pues el fideicomiso, como tal, sin necesidad de la concurrencia de la voluntad del fiduciario o del beneficiario; no se requiere de ella para su cabal y eficaz celebración, ni para que produzca los efectos propios de su naturaleza. (El énfasis es nuestro)

Quién y quiénes intervienen en la constitución y estructura funcional del fideicomiso civil

En su constitución solo actúa el fideicomitente, persona natural

Toda persona natural que sea legalmente capaz de disponer de sus bienes puede constituir un fideicomiso civil. En la actualidad, esta afirmación debe entenderse en el contexto de la Ley 1996 de 2019 y su Decreto Reglamentario 1429 de 2020, que se conoce como “Ley de Capacidad Legal”, a cuyo estudio remitimos al lector. En torno a la posibilidad de que una persona jurídica pueda celebrar este acto jurídico, recomendamos el estudio de una monografía de nuestra autoría, denominada *El fideicomiso civil*,¹ en la cual se aborda este tema con la suficiencia y profundidad requeridas.

Retomando el aspecto concreto de la persona del constituyente, digamos que este es el dueño de las cosas: cuando constituye un fideicomiso y además celebra un contrato de mandato con un tercero fiduciario, lo que hace es transferir a este una propiedad limitada, no plena de esas cosas para

¹ Gabriel CORREA ARANGO, *El fideicomiso civil* (Bogotá: Editorial Temis, 2021).

que las use, goce y conserve, pero siempre con la limitación de tenerlas que restituir en propiedad plena a un tercero beneficiario, al cumplirse una determinada condición, dispuesta libremente por ese constituyente.

En el caso del fideicomiso, en su constitución no hay partes como en los contratos; interviene una sola persona de manera exclusiva y excluyente. Esa persona no es otra distinta que la del fideicomitente o constituyente. Para la validez y eficacia de este acto jurídico no se requiere la presencia de un fiduciario: la existencia de este personaje no es de la naturaleza ni mucho menos de la esencia de este acto jurídico; así, se infiere de la permisión legal contenida en el art. 807 del CC, que avala la posibilidad de que en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente un fiduciario, en cuyo caso, la gestión de este será cumplido por el mismo fideicomitente en la doble calidad, es decir, actuando como constituyente y como fiduciario.

Es pertinente advertir, desde ahora, que la constitución de un fideicomiso no es una donación ni equivale a ella como lo expresan equivocadamente algunos jueces y doctrinantes. El constituyente no hace una donación de los bienes al fiduciario, pues no le transfiere la propiedad plena de los bienes; lo que hace es limitar su derecho de propiedad: ya no puede usar o gozar del dominio de los bienes fideicomitados como cuando era su dueño absoluto, salvo que, por excepción y de manera simultánea, ostente también la calidad de fiduciario, caso en el cual le está permitido seguir disfrutando esos bienes, pero siempre con la obligación y/o restricción de que esos bienes al momento del acaecimiento de la condición y con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, pasaran a ser propiedad del beneficiario; esta carga o gravamen que soportan los bienes, no la tendría el fideicomitente ni un tercero fiduciario, si efectivamente no se hubiera constituido un fideicomiso sobre dichos bienes por voluntad exclusiva del constituyente.

Cuando el constituyente adopta también la calidad de fiduciario

Reiteramos que el artículo 807 de la normativa civil permite que el constituyente se reserve para sí la propiedad fiduciaria *con el simple hecho de abstenerse, en el acto de constitución del fideicomiso, de indicar de manera expresa, quién será la persona que debe actuar en calidad de*

tercer fiduciario. Este es el texto literal de la norma citada: “Cuando en la constitución del fideicomiso, no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquier causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente si viviere o sus herederos”. (El énfasis es nuestro)

Debemos poner de presente desde ahora que la previsión legal antes transcrita y cuya legitimidad y vigencia es indiscutible, es la que muy posiblemente ha desatado acervas críticas y desaciertos jurisprudenciales por parte de la Corte Suprema de Justicia e, igualmente, de organismos administrativos del Estado, como algunas Superintendencias, y también de notarios y doctrinantes, a quienes les ha dado por legislar en la materia.

Es preciso advertir igualmente que, en nuestro derecho positivo, la estructura específica del fideicomiso permite la existencia de varios fiduciarios, pero no puede haber fiduciarios sustitutos, de tal manera que, si este falta, por cualquier causa, *quien siempre lo sustituye es el constituyente*. En este evento, el fideicomitente conserva la propiedad de las cosas, pero no a plenitud; no tiene el dominio absoluto de ellas, como lo tenía antes de constituir el fideicomiso, porque lo limitó expresamente al celebrarlo. Ocurre cosa distinta, si el constituyente nombra un tercero fiduciario al que debe entregarle el uso y goce que tenía de los bienes cuando era su dueño absoluto. Si no lo hay, el fideicomitente asume este rol, y conserva el uso y goce de los bienes, pero, de todas maneras, con el gravamen de que su propiedad deberá transferirse a un tercero fideicomisario. El fiduciario, sea un tercero o sea el mismo constituyente, dispone de los bienes con las mismas facultades que la ley le atribuye al usufructuario, pero también con sus mismas cargas y limitaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 813 del Código Civil.

Es por esta razón, que no se puede válidamente plantear, como lo hace la Corte Suprema en diversas sentencias referentes a la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria, que, cuando el constituyente actúa igualmente como fiduciario, nada ocurre en su esfera jurídico material, y que su condición no se transforma en relación con el tipo o naturaleza del derecho de propiedad que va a detentar en adelante sobre los bienes. En otras palabras, lo que la Corte quiere significar es que no obstante una persona haber constituido un fideicomiso, un gravamen sobre sus bienes, su condición de propietario pleno no se altera cuando asume igualmente la condición de

fiduciario, y que, por tanto, puede procederse al embargo de sus bienes. En este sentido, nuestra opinión es totalmente divergente: consideramos, por el contrario, que, si ya se constituyó un fideicomiso sobre determinados bienes, ese constituyente-fiduciario ya no tiene las mismas facultades que tenía antes, cuando tenía la propiedad absoluta de dichos bienes por no haber constituido ningún gravamen sobre ellos. La razón es simple: una vez celebrado el acto jurídico de fideicomiso con los requisitos legales, pesa sobre los bienes objeto del mismo un gravamen consistente en que estos deben pasar a un tercero en propiedad absoluta cuando se cumpla una determinada condición impuesta por el fideicomitente. Es por esta razón que la misma ley le concede a la “propiedad fiduciaria” el beneficio de inembargabilidad. Lo anterior quiere decir que ese derecho de propiedad plena que tenía ese constituyente, que igualmente se desempeña como fiduciario, efectivamente sí se ha alterado; se ha modificado puesto que ya el constituyente no goza de esa plenitud en el ejercicio del derecho de propiedad que tenía respecto de los bienes objeto del fideicomiso, estos ya están afectados por un gravamen real.

Repetimos que el constituyente-fiduciario que ostenta esa doble calidad puede usar y gozar las cosas, pero no como lo podía hacer antes como propietario pleno, porque, una vez constituido el fideicomiso, ya solo tiene sobre ellas las atribuciones de un usufructuario y sus mismas limitaciones, es decir, aquellas que le impone la ley; por ejemplo, no puede cambiar o variar la forma o sustancia de las cosas objeto del fideicomiso. Solo podrá hacerlo conservando su integridad y valor (art. 817, CC). Lo anterior no pasaría si fuera cierto lo que afirman algunos tribunales en el sentido de que el fideicomitente, que también es fiduciario, no pierde ninguna atribución respecto de la propiedad de las cosas objeto del fideicomiso y continúa siendo el dueño absoluto de ellas como si nada hubiera pasado.

Cuando el fiduciario-administrador o propietario-fiduciario es un tercero

Ahora bien: cuando de manera expresa y en el acto de constitución, el fideicomitente procede a nombrar un tercero fiduciario, aparece en escena con mayor claridad la figura del *propietario fiduciario*, que es la persona que recibe la propiedad limitada y temporal de los bienes, pues tiene el encargo, o, más bien, la obligación de restituirlos a un tercero cuando se

cumpla una condición. En virtud del encargo conferido, como ocurre en el mandato, el fideicomitente confía en que el fiduciario cumplirá con la ejecución del mismo y, por ende, con su expresa voluntad, no en razón de haberlo simplemente nombrado como tal en el acto constitutivo del fideicomiso, sino en virtud de que efectivamente se haya creado entre ellos un vínculo jurídico contractual adicional al fideicomiso, que le permita al constituyente encargarle la gestión operativa propia del fideicomiso, y que ese fiduciario haya aceptado este encargo de manera expresa o inequívoca.

Esa misión asignada al fiduciario no solo consiste en gozar y administrar la propiedad fiduciaria, sino fundamentalmente en cumplir con el objeto de la voluntad del constituyente y del fideicomiso mismo como institución jurídica, que no es nada distinto a que se transfiera la propiedad del acervo de bienes fideicomitidos al fideicomisario (beneficiario) querido y designado por el fideicomitente. Lo anterior implica, necesariamente, que el constituyente celebre con ese fiduciario un acto jurídico adicional a la constitución misma del fideicomiso, consistente en un “acuerdo de ejecución” de este que, en rigor, equivale a la celebración de un contrato de mandato, según nuestra apreciación.

Por esta razón es que el fideicomiso como acto jurídico *no es simple, es complejo*, ya que, a esta convención (declaración unipersonal del constituyente) hay que agregarle, en algunos casos, un negocio jurídico adicional (contrato), que tiene por objeto la ejecución del encargo fiduciario. Se busca con ello que el objeto propio del fideicomiso de beneficiar a un tercero con la tradición de la propiedad plena de unos bienes se materialice, sea efectivo, y se cumpla al través de un tercero. Es, pues, un encargo de confianza que se hace por el fideicomitente al fiduciario, con su obvio consentimiento, para prevenir lo que va a pasar con sus bienes al momento de morir, si esta es “la condición” de la que pende la restitución de los bienes, o de cualquier otro evento, en caso contrario. En general, el mandato debe cumplirse después de la muerte del fideicomitente, pero también puede serlo durante su existencia vital. Esta última situación se presenta cuando el fideicomiso se hace por *acto inter vivos*, y la condición, obviamente, es diferente a la muerte del fideicomitente.

Luego de estas reflexiones, digamos entonces que *el fiduciario* es la persona que administra y se beneficia de los frutos o rendimientos de los bienes objeto del fideicomiso y, posteriormente, transfiere la propiedad plena

de ellos al beneficiario (art. 817, CC). Pueden existir varios fiduciarios a quienes se les entreguen los bienes (art. 802), pero no están permitidos los fiduciarios sustitutos, como ya se advirtió. En el fideicomiso, los bienes objeto del mismo no pasan directamente del constituyente al beneficiario; estos llegan indirectamente por vía del fiduciario, es decir, de la persona que tiene la obligación de restituirlos, carga que puede recaer en un tercero o en el mismo constituyente, como se ha indicado antes, pero haciendo las salvedades que se indican a continuación, dado que, en muchos casos, es la muerte del constituyente que igualmente funge como fiduciario el evento del cual pende la restitución de los bienes.

Bajo este presupuesto es apenas obvio que ese fideicomitente no pueda comparecer al otorgamiento de la escritura pública de restitución fideicomisaria. Por tanto, debe entenderse e interpretarse que, en este escenario, en el que la condición es cumplida (fallecimiento del constituyente-fiduciario), simplemente son los beneficiarios quienes comparecen al despacho notarial con los documentos pertinentes como el certificado de defunción del constituyente, sus registros civiles de nacimiento, que comprueben su parentesco de hijos de este constituyente, y con la escritura misma de constitución del fideicomiso, en donde consta su calidad de fideicomisarios, a fin de que el notario otorgue el instrumento público de restitución en virtud del cual se les transfiera el dominio de los bienes, previo el registro de ese instrumento notarial, en caso de la existencia de inmuebles o automotores, por ejemplo. No puede afirmarse sin más que, en este caso, los beneficiarios se están transmitiendo a sí mismos el derecho de propiedad que tienen sobre los bienes, porque, muerto el fideicomitente que también es fiduciario, “*sus bienes pasan de pleno derecho al patrimonio autónomo, sucesión, sociedad conyugal en liquidación*”. Así lo expresa el Dr. Carlos Fradique Méndez,² en artículo de su autoría. Se olvida el Dr. Fradique de que, en el evento que se analiza, ya existe de por medio un acto jurídico precedente que es el fideicomiso, constituido por el fallecido, que evidentemente impide que sus bienes pasen “de plano” al acervo de su sucesión. Por el contrario, la existencia de ese antecedente jurídico legal y el cumplimiento de la condición (fallecimiento del fideicomitente-fiduciario), lo que determina es que esos bienes pasen a ser propiedad de los beneficiarios designados

² Carlos FRADIQUE MÉNDEZ, “Nulidad de fideicomiso civil e ineficacia de restitución”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 380 (julio-diciembre de 2024), 32.

por el constituyente en el acto jurídico de fideicomiso, y se radiquen en sus patrimonios, una vez otorgada y registrada la escritura pública de restitución correspondiente, sin que se transfieran al acervo de la sucesión del fallecido o al de la sociedad conyugal originada en su matrimonio. Es que no es posible desconocer, olímpicamente, la voluntad del fideicomitente y sus efectos, hacer abstracción de ella como si el acto jurídico del fideicomiso nunca hubiera existido, ya que, una vez se cumpla la condición, nace la obligación de transferir el dominio de los bienes objeto del fideicomiso a los fideicomisarios, sin que legalmente puedan tener otra destinación. Estos bienes no pueden ser propiedad de los herederos en su calidad de tales, ni pueden pasar al acervo de la sociedad conyugal originada en el matrimonio del fallecido, puesto que ya se encuentran afectados con el gravamen que comporta la constitución de un fideicomiso.

El fiduciario es entonces el “canal” por medio del cual pasan los bienes del constituyente al beneficiario, cuando este es un tercero. En otras palabras, el fiduciario es la persona que tiene la libre administración de los bienes objeto del fideicomiso (art. 817), y puede gozar de ellos como lo hace un usufructuario, con sus mismas atribuciones y restricciones por expresa disposición de nuestro del Código Civil (art. 813 ss del CC).

Debe quedar muy claro que no es frecuente ni de la esencia del fideicomiso, que en el acto de su constitución se designe un tercer fiduciario, aunque parecería lo lógico y usual; puede ocurrir que aun designado el fiduciario, este llegue a faltar, por cualquier circunstancia (no solo su fallecimiento), al momento de cumplirse la condición. La solución que nos presenta el legislador para estos eventos, como lo hemos reiterado, es que, cuando falte el fiduciario por cualquier causa estando pendiente la condición, el constituyente es quien ocupa su lugar y goza de la propiedad, pero solo fiduciariamente, no a plenitud, si *viviere*; en caso contrario, si ha fallecido, gozarán de ella sus herederos. En la práctica, nunca faltará en la estructura operacional del fideicomiso un fiduciario, así lo sea el mismo constituyente (art. 807, CC).

Y es que no puede pasar desapercibido el hecho de que cuando se designa un fiduciario, este puede llegar a faltar en el evento de que sea incapaz de recibir y administrar los bienes fideicomitidos: esto puede ocurrir no solo por haber fallecido antes, sino también por haber incurrido en cualquier causal de incapacidad absoluta (aunque ya no hay incapaces) o no haber

celebrado con el fideicomitente (por cualquier razón) el contrato de encargo de ejecución del fideicomiso. Si alguna de las situaciones antes descritas se presenta, antes de que se cumpla la condición, el constituyente o sus herederos asumirán dicho rol y gozarán fiduciariamente de la propiedad de los bienes; tendrán así la calidad de fiduciarios para todos los efectos previstos en la ley, sin ninguna excepción o limitación.

Lo que ocurre por regla general, y con mayor frecuencia en la realidad práctica, es que el constituyente no nombra un fiduciario al momento de constituir el fideicomiso, y entonces esa calidad recae también en su persona: lo anterior se presenta, obviamente, cuando el fideicomiso se constituye por acto entre vivos y no por testamento.

Igualmente, lo más frecuente en el acontecer ordinario es que sea la muerte del fideicomitente el evento que va a determinar como condición que la propiedad se restituya a favor del beneficiario. La razón es clara: *es que no es de la esencia del fideicomiso, como acto jurídico unipersonal, que se designe nominalmente un fiduciario, habida cuenta de que incluso la misma ley permite en varias circunstancias su ausencia, sin que por ello este acto jurídico pierda su legalidad, legitimidad o vigencia. Además, esta omisión, permitida expresamente por la ley, no menoscaba ni altera, ni modifica en manera alguna la naturaleza ni las características que la ley civil le asigna a la propiedad fiduciaria como lo es su inembargabilidad, o la posibilidad de ser utilizado como vehículo eficaz de sustitución, total o parcial, del proceso de sucesión.* (El énfasis es nuestro)

El fideicomisario o beneficiario

Es aquella persona designada por el constituyente para que el fiduciario le restituya la propiedad absoluta de los bienes objeto del fideicomiso, una vez se cumpla la condición prevista por el mismo fideicomitente. Pueden existir varios fideicomisarios o beneficiarios (art. 802) y también puede haber varios fideicomisarios sustitutos.

Mientras penda la condición, el fideicomisario solo tiene una ilusión, una mera expectativa de adquirir la propiedad plena de los bienes objeto del fideicomiso. Tanto es así que el artículo 821 del Código Civil precisa que, si el fideicomisario muere antes de cumplirse la condición, no transmite nada a sus herederos; ni aun la mera expectativa que tenía, pues esta solo puede pasar a los sustitutos, si los hubiere. *En ausencia de sustitutos, el fideicomiso*

se extingue, deja de existir, y la propiedad de los bienes fideicomitidos se consolida, a plenitud, en cabeza del propietario fiduciario (art. 799, CC).

El precitado artículo 799 del Código Civil también advierte sobre la necesidad de que existan el beneficiario o su sustituto al momento de la restitución de los bienes. Se trata de una condición expresa, cuando lo dice el mismo constituyente en el texto del fideicomiso, o tácita, por imposición de la misma ley (art. 799, CC). Aquí no existe la posibilidad de que el fideicomisario o beneficiario sea sustituido por sus herederos, como lo indica el artículo 821 del Código Civil: “*si el fideicomisario fallece antes de la restitución*”, no transmite derecho alguno a sus herederos, ni aun la simple expectativa, que pasa *ipso jure* al sustituto o sustitutos. En este punto vale la pena llamar la atención de los notarios para que, en ejercicio de sus funciones informen al constituyente de esta circunstancia, de tal manera que este pueda ponderar la conveniencia o procedencia de nombrar uno o varios sustitutos del beneficiario, si lo tiene a bien.

Conforme a la normativa de este artículo 799 del Código Civil, para que exista el fideicomiso, tiene que existir también el fideicomisario-beneficiario o sus sustitutos. Entonces es apenas obvio concluir que, *la existencia de un fideicomisario, o sea, de un beneficiario, es de la esencia de este negocio jurídico*. Si por cualquier circunstancia el constituyente no nombra en el acto de constitución del fideicomiso al fideicomisario o beneficiario o a su sustituto, *el fideicomiso es inexistente, por carecer precisamente de un elemento de su esencia*.

No obstante ser el beneficiario del fideicomiso, no es indispensable que el fideicomisario haya estado en contacto con el fideicomitente o que tenga conocimiento de que este constituyó un fideicomiso a su favor; ni siquiera es necesario que haya nacido o, al menos, que haya sido concebido para la época en que el constituyente muera, o se haya otorgado el instrumento público de fideicomiso por acto entre vivos (art. 798). Es pertinente precisar que el beneficiario no tiene ningún vínculo contractual con el constituyente ni con los fiduciarios, ni es parte en el acto de constitución del fideicomiso. Para que el beneficiario tenga derecho a los bienes, basta con que exista al momento de efectuarse la restitución, que es el instante en que se cumple la condición prevista por el constituyente a tal fin. Pero lo que sí es indubitable, es que la ley exige perentoriamente la existencia del beneficiario: la razón de este requerimiento estriba en que el fideicomiso

contiene una condición suspensiva para que dicho beneficiario adquiera la propiedad plena de los bienes, y esto implica, obviamente, que ese beneficiario exista al momento en que dicha condición se cumpla.

Puede haber dos o más fideicomisarios o beneficiarios sustitutos, y también dos o más fideicomisarios (art. 802). Lo más importante es que el fideicomisario, una vez cumplida la condición, adquiere la propiedad plena de las cosas con todos los derechos de que goza un verdadero propietario y sin limitación alguna, a diferencia del propietario fiduciario, que sí tiene estas limitaciones por estar vigente el fideicomiso respectivo. No es de la misma naturaleza la propiedad que se tiene sobre los bienes fideicomitados cuando se es fiduciario, que es restringida, limitada y condicional, que la que tiene el beneficiario, que es absoluta y plena, cuando se cumple la condición suspensiva impuesta por el constituyente y se cumplen las formalidades o solemnidades exigidas por la ley, como la exigencia de la escritura pública.

El injusto prejuizgamiento sobre la utilización del fideicomiso

Inexplicablemente, existe en Colombia una infundada y absurda creencia de que la persona que constituye un fideicomiso *por acto inter vivos* (no por testamento), pretende con ello, casi que inexorablemente, afectar fraudulentamente a terceros, especialmente a sus herederos, a su cónyuge o a terceros acreedores. Así el Dr. Carlos Fradique Méndez, en su artículo abiertamente expone que “el fideicomiso fue utilizado para desmejorar derechos hereditarios y hoy parece reemplazado por la llamada sucesión en vida que regula el artículo 487 del CGP...”. Agrega el articulista una obviedad: “No hay duda de que el fideicomiso se puede constituir, pero bajo estrictas normas de buena fe”. Expresa también el doctor Fradique 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”.³

Nosotros, con el debido respeto, nos atrevemos a distanciarnos de esta posición doctrinaria, para afirmar: 1) que es incuestionable, en nuestro derecho positivo, la existencia de ese principio general consistente en que *todos los actos jurídicos*, no solo el fideicomiso, deben celebrarse, ejecutarse y

³ FRADIQUE MÉNDEZ Sr., “Nulidad del fideicomiso civil...”, 20-21.

terminarse de buena fe. Predicarlo solo y preventivamente respecto del fideicomiso, partiendo del presupuesto falso de que la mayoría de estos actos jurídicos carecen de estas características, dista totalmente de la realidad, y 2) que, con esa actitud, se viola flagrantemente otro principio general del derecho, que predica la presunción de legitimidad y validez de todos los actos jurídicos debidamente celebrados. No se entiende entonces las razones para estigmatizar de plano esta institución del derecho civil, signándola, *per se*, de dolosa e ilegal. Quienes adoptan y defienden semejante infundio, parten de una inexorable mala fe del constituyente, olvidando que la esencia del derecho de propiedad que tiene una persona sobre sus bienes consiste, por excelencia, en la facultad que esta posee para disponer de ellos libremente, solo con las limitaciones señaladas en la ley. Pues bien, el fideicomiso civil no solo no está prohibido en nuestro derecho positivo, sino que, por el contrario, está consagrado y reglado en nuestra codificación civil como un gravamen a la propiedad y como instrumento lícito e idóneo para transferir los bienes de una persona a otra *cuando se verifique una condición* (arts. 794 ss. CC). El reputado autor Fradique Méndez, igualmente arremete contra esta institución,⁴ no sin alguna razón, en este caso, al plantear que cuando se hace depender la restitución de los bienes de la muerte del constituyente, “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 se sabe de antemano que la muerte va a ocurrir”. En favor de esta posición doctrinaria podría agregarse que el mismo Código Civil, en su artículo 80, indica que las disposiciones a día *que no equivalgan a condición* no son idóneas para constituir un *fideicomiso según las reglas que se refieren a las asignaciones testamentarias*. (Énfasis agregado por nosotros)

Sin embargo, la anterior aseveración doctrinaria no está exenta, a nuestra manera de ver, de algunas fisuras jurídicas que permiten el surgimiento de algunas dudas e interrogantes en cuanto a su validez jurídica, como pasamos a exponerlo a continuación:

La condición es elemento esencial del acto jurídico del fideicomiso. Su ausencia, significa también su inexistencia: no puede faltar. Sin condición no hay fideicomiso. El artículo 1.530 del CC enseña que “una obligación

⁴ Ibídem, 36.

condicional es aquella que pende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro e incierto que puede suceder o no”. Además de ser un hecho futuro e incierto, la condición debe ser un hecho lícito, posible y voluntario, es decir, querido por el constituyente por tratarse de un negocio jurídico unipersonal; va a ser entonces la incertidumbre la que va a distinguir la condición de las otras modalidades que pueden afectar la obligación; por esta razón es que la condición puede ser fallida y el plazo no. Lo anterior nos lleva a concluir que la muerte indudablemente es un plazo, porque el hecho fatalmente tiene que ocurrir, aunque no se sepa cuándo.

Ahora bien: teniendo en cuenta la estructura jurídica y funcional del fideicomiso, cabe, a nuestra manera de ver, la posibilidad jurídica y legal de pensar que la muerte del constituyente sí puede ser utilizada como “condición” idónea y eficaz para lograr su objeto: transferir legalmente la propiedad de un bien, de una persona a otra. Indudablemente que, solo pensar siquiera en esta posibilidad, genera controversia. Como lo expresamos en un aparte anterior, destacados doctrinantes como el Dr. Fradique Méndez, antes citado, niegan abiertamente esta posibilidad, porque consideran que este hecho, el fallecimiento de una persona, adolece precisamente de una de las características esenciales de la condición, que es su incertidumbre.

No obstante el anterior planteamiento y con el simple ánimo de contribuir al debate jurídico, nos atrevemos a exponer brevemente una posición diferente en los siguientes términos:

Dice el artículo 801 del CC: “las disposiciones a día que no equivalgan a condición, según las reglas del Título “*De las asignaciones testamentarias*, Capítulo 3, no constituyen fideicomiso”. Del tenor literal de esta norma, se infiere, sin lugar a dudas, que el legislador admite la posibilidad de que sí existan algunas disposiciones a día que pueden ser equiparadas o equivaler a una condición y, por tanto, ser utilizadas en la estructura del fideicomiso.

¿Puede entonces el hecho de la muerte *ser equivalente* a una condición y utilizarse como tal para que de ella dependa la restitución de los bienes objeto del fideicomiso, de conformidad con las normas testamentarias a las que se refiere el artículo 801 del CC?

Una adecuada integración e interpretación de los artículos 1.139, inciso 2º y 1143 del CC, nos pueden dar la respuesta a este interrogante: el artículo 1.139 precisa que el día es cierto pero indeterminado si necesariamente ha

de llegar, pero no se sabe cuándo; *esto es exactamente lo que acontece con la muerte de una persona*. (Énfasis agregado por nosotros)

A su turno, el artículo 1.143 de la misma obra indica que *“la asignación desde día cierto e indeterminado (ha de llegar, pero no se sabe cuándo), como la muerte, es condicional y, además comporta la condición de que el asignatario exista en ese día.”* (el resaltado es nuestro). La correcta integración e interpretación del tenor literal de las dos normas citadas nos lleva a concluir, sin ambigüedad alguna, que en nuestro derecho positivo (civil), efectivamente se puede utilizar la muerte del fideicomitente, e incluso la del fiduciario, como condición en el ámbito de la institución que se estudia: si la muerte indefectiblemente ha de llegar pero no se sabe cuándo (día cierto pero indeterminado), y el artículo 1.143 del CC predica que, en materia testamentaria, *“las asignación desde día cierto pero determinado como la muerte es condicional”*, es acertado concluir que este evento *sí se puede utilizar* para hacer depender de su acaecimiento la restitución de la propiedad fiduciaria. Es, entonces, la equivalencia a condición que estas normas le dan a la muerte, la que nos abre la compuerta, nos autoriza, para afirmar que ciertamente ese evento, que ha de llegar pero no se sabe cuándo, como lo es la muerte, se puede aplicar perfectamente al fideicomiso. En otras palabras, la muerte es válida e idónea para condicionar la restitución de los bienes objeto del fideicomiso, con la exigencia adicional de que, al momento de la ocurrencia de esa muerte, el beneficiario también exista en ese día, como lo predica el artículo 1.143 de nuestro estatuto civil: *“La asignación desde día cierto pero indeterminado es condicional, y envuelve la condición de existir el asignatario en ese día”*.

En otras palabras: si en el fideicomiso civil se prevé la muerte del constituyente como condición para la restitución de los bienes, es preciso concluir que esta requiere que se cumplan de manera concomitante dos hechos: a) que muera el constituyente, o el mismo fiduciario si es un tercero, y b) que, para la fecha de restitución de la propiedad fiduciaria, el beneficiario exista, que esté vivo. De esta situación se ocupa el artículo 799 del CC. *Esta última condición puede ser expresa, si así lo indica el constituyente en la escritura de fideicomiso, o tácita, porque de todas maneras la impone la ley cuando el fideicomitente no la expresa en el tenor del fideicomiso* (art. 799).

Prueba adicional y fehaciente, de que el legislador colombiano admite la muerte del constituyente o del fiduciario como condición lícita y válida

para que opere la restitución de los bienes fideicomitidos, es que el mismo artículo 800 del CC señala que toda condición (contenida en el texto del fideicomiso) que tarde más de treinta años en cumplirse se tendrá por fallida, *a menos que la muerte del fiduciario* (que también lo puede ser el constituyente), sea el evento del que penda la restitución. Obsérvese cómo el mismo legislador civil *admite la muerte del fiduciario* como condición legítima para que se efectúe la restitución de los bienes. Por eso es dable inferir, análogamente, que, si el legislador considera y admite la muerte del fiduciario como condición para la restitución de los bienes, también la muerte del fideicomitente o constituyente puede ser utilizada como condicionamiento para el mismo propósito.

La realidad es que hace muchísimos años el fideicomiso dejó de ser una institución esencialmente testamentaria; ahora, y desde la expedición de nuestro Código Civil (Andrés Bello), se puede constituir también *por acto entre vivos*, como lo indica el artículo 796 del CC: “Los fideicomisos no puede constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario” que, valga la precisión, igualmente requiere de instrumento público.

En torno al argumento de que la constitución de un fideicomiso no puede, en ningún caso, alterar o vulnerar las legítimas rigurosas ni los gananciales, debe quedar muy claro que, en el derecho positivo colombiano, no existe norma alguna que obligue a una persona a reservarse obligatoriamente una masa de bienes para que sus descendientes los hereden a su fallecimiento. Cuando en la legislación sucesoral colombiana existía el régimen de las comúnmente denominadas “cuarta de mejoras y de libre disposición”, ¿se discutían o debatían las razones para que el causante otorgara este beneficio a uno solo de los legitimarios, por ejemplo? ¿O se cuestionaba, acerbamente, como se hace ahora con la institución del fideicomiso, la voluntad libre del testador de no repartir igualitariamente sus bienes, suponiendo que esta decisión obedece a una intención predeterminada de causar daño o detrimento patrimonial a esos herederos menos beneficiados? No. Simplemente, se respetaba la normatividad que así lo permitía y, por ende, la decisión libre y autónoma del testador. Pero ahora, extrañamente, ocurre que, si a uno de los hijos incluidos en un fideicomiso se le da un trato diferencial en relación con su participación en la masa de bienes objeto de un fideicomiso, la Corte Suprema de Justicia (véase la Sentencia SC-2906

de julio 29 del 2021) se rasga las vestiduras, distorsiona la prueba indiciaria aportada al proceso, prejuzga y supone la mala fe del constituyente, concluyendo sin más que el fideicomitente y el fiduciario, si lo hay, están “simulando” un fideicomiso con el fin de desconocer olímpicamente la voluntad expresa y libre del constituyente y la autonomía de que goza en vida para disponer libremente de su patrimonio.

Por razones de la extensión de este estudio, no nos referiremos con profundidad a este punto de la presunta simulación que pueda afectar un acto jurídico de fideicomiso. Para un posterior debate nos atrevemos a afirmar que esta anomalía del negocio jurídico, es decir, la simulación, no cabe en el ámbito de esta institución; su naturaleza, el hecho de ser un acto jurídico unipersonal, no lo permite: los actos jurídicos simulados implican la presencia y el consentimiento de al menos dos personas, que participen en el acto defraudatorio. Recordemos entonces que el fideicomiso no es un contrato, no es un acuerdo de dos voluntades, sino una declaración unipersonal de voluntad del constituyente. Solo en las relaciones contractuales en las que intervienen al menos dos partes es posible encontrar esta figura de la simulación, en cuanto permite que las voluntades de ellas coincidan en disfrazar la verdad para inducir a engaño a los terceros.

Retomando el tema central de este análisis, debemos expresar nuestra extrañeza por el hecho de que algunos doctrinantes y tribunales, incluyendo la misma Corte, no tengan al menos la curiosidad de preguntarse las razones por las cuales un padre de familia decide, por ejemplo, no dar un trato igualitario a todos los hijos al constituir un fideicomiso. En el derecho positivo colombiano, la voluntad, válidamente expresada de las personas y, en este caso, la del constituyente del fideicomiso, debe respetarse dentro del ámbito de la licitud y de la presunción de legalidad y validez que ampara la celebración de todo acto jurídico.

De conformidad con este presupuesto, es válido y legítimo que algunos padres, si no todos, y por muy diversas razones, tengan preferencias por un hijo o la necesidad de protegerlo de manera especial por variadas circunstancias: puede acontecer entonces que uno de los hijos ya posea riqueza y otro padezca una lamentable situación de pobreza o incapacidad. Salvo una actuación dolosa o de mala fe (sancionable respecto de la celebración de cualquier acto jurídico), ¿cuál sería la razón para penalizar a ese progenitor que, mediante la constitución de un fideicomiso civil trata de

aliviar la precaria situación económica de ese descendiente suyo cuando ocurra su propio fallecimiento? ¿O incluso en vida, sometiendo el fideicomiso respectivo a una condición diferente a su muerte? Es en esas y otras circunstancias especiales en que la institución del fideicomiso adquiere su verdadera dimensión, posibilitando que la autonomía de voluntad de los particulares pueda expresarse a través de esta herramienta que nos suministra nuestro estatuto civil y que, en muchos casos, puede cumplir los mismos objetivos que se persiguen con la aplicación de las normas sucesorales (testamentarias) que prevé igualmente ese código.

El fideicomiso como instrumento jurídico para sustituir los procesos sucesorales

De entrada, debemos sentar un principio que no obstante su obviedad, debe ser enunciado de manera expresa en el ámbito de este trabajo: *los actos jurídicos, per se, con abstracción de la intencionalidad de quienes los celebran, no pueden ser signados anticipadamente con el estigma de la simulación o de la nulidad absoluta; los actos jurídicos, en sí mismos considerados, son neutros o abstractos jurídica y materialmente.*

Tampoco aquellos actos jurídicos que tengan la connotación de celebrarse a título gratuito, por el solo hecho de serlo, deben ser sospechosos o tildados sin más de ser simulados con el fin de lesionar a terceros. Hoy, el fantasma del fideicomiso recorre nuestros tribunales e instituciones administrativas (Superintendencias, Notarías, Corte Suprema), generando un infundado temor en quienes pretenden utilizarlo legítimamente.

Reiteramos que se ha propalado en nuestro país la errónea creencia de que, quien constituye un fideicomiso *por acto inter vivos*, inexorablemente pretende afectar fraudulentamente a terceros, especialmente a sus herederos, a su cónyuge, o a terceros acreedores. *Tal vez se olvidan de que la esencia del derecho de propiedad que tiene una persona sobre sus bienes consiste, por excelencia, en esa facultad que se posee para disponer de ellos libremente, solo con las limitaciones señaladas por el legislador colombiano, el orden público y las buenas costumbres.* (Énfasis agregado por nosotros)

Todos los actos jurídicos relacionados con el derecho de propiedad y que impliquen disposición de bienes como la compraventa, la permuta, la dación en pago, la donación, el aporte a una sociedad, etc., se pueden celebrar de manera libre; son válidos y eficaces mientras se sujeten a los requisitos

antedichos. Sin embargo, algunos entes como Superintendencias, Notarías, Tribunales, y la misma Corte Suprema de Justicia, al referirse al fideicomiso civil, inexplicablemente *están presuponiendo la mala fe y el dolo* del constituyente y del fiduciario, especialmente cuando este es un tercero. Estas entidades no actúan con la ponderación y diligencia debidas para comprender que, en general, solo se trata de *utilizar un instrumento jurídico que provee la misma ley civil como lo es el fideicomiso para transferir la propiedad de unos bienes; de igual manera pudieran adoptar otro cualquiera de los actos jurídicos antes relacionados (compraventa, permuta, etc.), para disponer legalmente de sus bienes.* (Énfasis agregado por nosotros)

La razón para constituir un fideicomiso no siempre es la de engañar y causar daño a terceros sino, simplemente, el aprovechar un mecanismo que la ley concede válidamente a las personas para que, mirando al porvenir y actuando de buena fe, sin el ánimo de lesionar los intereses legítimos de terceros, como deben ser celebrados todos los actos jurídicos, *ejercen una previsión y un control sobre su patrimonio, atendiendo a los lazos emocionales que han creado durante su vida* (de afecto, de amor, de amistad, de interés económico, etc.), (arts. 794 a 822 del CC).

El fideicomiso se puede constituir por *acto inter vivos o por testamento*, mediante el otorgamiento de una escritura pública y el registro correspondiente si se requiere, como ocurre respecto de bienes fideicomitados que sean inmuebles o automotores, acciones o cuotas sociales, a título de ejemplo.

Reiteramos que cualquier institución jurídica negocial, *donde intervengan dos o más partes* puede ser objeto de simulación con el ánimo de defraudar a terceros, pero, lo que no puede concluirse, a través de prejuicios temerarios e infundados, es que si, por ejemplo, alguno de los hijos del constituyente de un fideicomiso no recibe la misma participación en los bienes fideicomitados que sus hermanos, es porque ha sido víctima de un acuerdo simulatorio de sus parientes con el fin de lesionar sus legítimos intereses. Es más probable que se acierte, si se piensa que la razón de esta asimetría o desigualdad en la repartición de los bienes radica en que el constituyente (el padre o madre) debe de tener suficientes razones de peso (necesidad o conveniencia), para determinarlo así.

Estas razones privadas (íntimas) o, incluso, públicas del constituyente para actuar de esa manera, no tienen por qué ser objeto de cuestionamiento jurídico por los jueces o tribunales ni por nadie, *puesto que en vida los particulares*

pueden utilizar legítimamente cualquier mecanismo legal que les permita disponer libremente de sus bienes, en ejercicio legítimo del derecho de propiedad; lo anterior no implica, ineluctablemente, que estemos en presencia de una actuación dolosa del constituyente del fideicomiso y/o del fiduciario, cuando este existe y se trata de un tercero. (Énfasis agregado por nosotros)

La realidad es que, hace muchos años, el fideicomiso dejó de ser una institución esencialmente testamentaria; ahora y desde la expedición de nuestro Código Civil (Andrés Bello), también se puede constituir *por acto entre vivos* como lo permite expresamente la ley (art. 796 del CC).

En este punto es procedente recordar que no existe en el derecho positivo colombiano norma alguna que obligue, a una persona, a reservarse perentoriamente una masa de bienes para que sus descendientes los hereden a su fallecimiento. (Énfasis agregado por nosotros)

De hecho, cuando en la legislación sucesoral colombiana existía el régimen de las comúnmente conocidas como “cuarta de mejoras y de libre disposición”, no se presentaba discusión alguna en cuanto a las razones por las cuales el causante otorgaba este beneficio a uno solo de los legitimarios, por ejemplo. Nosotros creemos que, salvo la aparición clara e indubitable de dolo o mala fe plenamente probados, esta expresión de la voluntad *del constituyente válidamente emitida, debe respetarse dentro del ámbito de la licitud y de la presunción de legalidad que ampara todo acto jurídico.*

Ante estas y otras circunstancias como la tranquilidad futura del padre y su familia, es común en nuestro medio que los particulares indaguen con su asesor jurídico sobre cuales son las diferentes alternativas que existen, desde el punto de vista legal, para lograr transferir los bienes de su propiedad a uno o varios terceros antes, o después de su muerte. Igualmente, que se interesen, con una comprensible ansiedad, respecto de la existencia o no de algún mecanismo legal que les permita reemplazar o evitar el engorroso y costoso trámite de un proceso de sucesión, incluyendo sus consecuencias en el ámbito fiscal o tributario.

Es en ese contexto que aparece esta figura del fideicomiso civil como una alternativa que reúne, a nuestro juicio, algunas características muy especiales, que en determinadas circunstancias aconsejan utilizarla con el fin de lograr el mencionado objetivo, total o parcialmente. Examinaremos entonces la viabilidad legal de acudir al fideicomiso para exteriorizar válidamente la

última voluntad del constituyente, *con el propósito de radicar sus bienes en cabeza de la persona o personas que desee, incluso obviando el cumplimiento de los órdenes sucesorales y de las legítimas rigurosas*. Lo anterior, con el legítimo y comprensible fin de evitar, no solo el trámite del proceso de sucesión, sino también que sus bienes vayan a parar a las manos de personas que, de acuerdo con su leal saber y entender, no lo merecen por diversas razones.

En el contexto antes descrito, no deja de causar extrañeza el hecho de que en Colombia no exista todavía la plena libertad testamentaria, como sí ocurre en muchos otros países. Recordemos que en nuestro país no solo *el testador corriente, sino también aquel que constituye un fideicomiso por testamento*, debe siempre respetar las *legítimas rigurosas*; estas constituyen una especie de camisa de fuerza cuando se trata de la disposición de bienes por la vía específica del testamento. El artículo 1239 del Código Civil define la legítima como “la cuota de los bienes de *un difunto* que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios”. No obstante el tenor de esta norma y el debate que se ha creado en torno al tema propuesto, consideramos que es viable, sin violar la normativa vigente en materia sucesoral, que se pueda utilizar el fideicomiso civil como un mecanismo simple, efectivo y económico para satisfacer las expectativas finales que pueda tener una persona, respecto del destino de sus bienes después de su muerte.

Así como sucede con una persona que decide, libremente y por cualquier razón, vender o donar todo o parte de sus bienes sin rendirle cuentas a nadie, también esa persona puede, en vida, constituir un fideicomiso sobre sus bienes, condicionando la transferencia de su propiedad a un beneficiario al acaecimiento de un hecho: su propia muerte. En estas circunstancias, muchos doctrinantes y Tribunales de alto nivel se interrogan si, de todas maneras, ese fideicomitente tiene que respetar las disposiciones sucesorales, más concretamente las que hacen relación a las mencionadas legítimas rigurosas, o si, por el contrario, acudiendo a esta figura jurídica del fideicomiso, *por acto entre vivos*, se puede lograr el objetivo de ubicar la propiedad total o parcial de su patrimonio cuando fallezca en cabeza de las personas elegidas, según su criterio autónomo y haciendo abstracción de las disposiciones sucesorales.

Nuestra respuesta, reiteramos, es que sí. Para ello se requiere que el fideicomiso efectivamente se constituya *por acto inter vivos* (no por testamento)

y que, se condicione la restitución de los bienes al fallecimiento del fideicomitente o constituyente; de esta manera se puede radicar la propiedad plena de los bienes fideicomitidos en cabeza del fideicomisario elegido sin que sea necesario hacer un trámite sucesoral de carácter judicial o notarial cuando aquel fallezca. La razón es que estamos en presencia de un acto jurídico de fideicomiso *inter vivos*, al cual no le son aplicables en manera alguna las normas que regulan la sucesión por causa de muerte, *ni tampoco las del testamento que, precisamente, son las que contienen la regulación propia de las legítimas rigurosas*.

Como lo expresamos antes, el menoscabo de la legítima rigurosa solo se puede producir cuando se actúa en el ámbito de la legislación sucesoral, es decir, cuando el fideicomiso civil se constituye por vía testamentaria y no *por acto entre vivos*, y cuando la “condición” determinada por el constituyente sea su propia muerte. Por esta razón, es perfectamente comprensible que el desconocimiento o mengua de la legítima rigurosa, violando normas testamentarias, solo pueda discutirse ante los jueces de familia, en cuanto este hecho se vincula con las asignaciones hereditarias forzosas, limitativas de la voluntad del causante (art. 1.245, CC), y no ante los juzgados civiles ordinarios donde deben ventilarse las controversias que surjan respecto de la validez de un fideicomiso *por acto inter vivos*.

Recordemos, con el artículo 1.226 del CC, que *las asignaciones forzosas son aquellas que el testador, es decir, todo el que hace testamento, así sea por fideicomiso*, es obligado a efectuar, y que se suplen, cuando el testador no las ha hecho, incluso con perjuicio de sus *disposiciones testamentarias forzosas*. Por esta razón es que, con la celebración de un acto jurídico diferente al testamento, como lo es un fideicomiso *por acto entre vivos*, no es posible jurídicamente menoscabar la legítima rigurosa de un heredero. Es que los herederos, en vida del causante, no tienen derecho alguno sobre los bienes de este. Solo tienen una mera expectativa de heredarlos a su muerte. En consecuencia, si el fideicomiso no se constituye por testamento, sino *por acto inter vivos*, no es posible afectar la legítima de ningún heredero. Este acto es totalmente ajeno a la órbita de las disposiciones sucesorales y no está cobijado por estas; no le son aplicables y, por tanto, no es posible su transgresión.

No se puede pasar por alto que en vida de una persona y en ejercicio del derecho de propiedad, esta puede disponer libremente de sus bienes sin

restricción alguna, salvo la ley, el orden público o las buenas costumbres. Esta disposición patrimonial de los bienes puede efectuarse mediante la celebración de muchos otros actos jurídicos diferentes al mismo fideicomiso entre vivos, como lo son los contratos de venta, permuta, donación, aporte a una sociedad, etc., sin que sea necesario y, mucho menos obligatorio, tener previsión alguna en relación con sus herederos legítimos, con su cónyuge o con sus acreedores, etc.; estos no podrán oponerse a la celebración de estos actos de disposición, salvo que el enajenante esté obrando con dolo o mala fe y para vulnerar intencionalmente sus derechos; este dolo, esta mala fe, tienen que ser probados dentro del proceso de impugnación correspondiente y pueden también surgir de un contrato como la permuta, la compraventa, etc., y no solo de la celebración de un fideicomiso civil, como se ha venido ratificando erróneamente por sentencias emitidas por algunos tribunales de justicia en el país.

En derecho sucesorio, los herederos forzosos son aquellas personas a las que la ley les reserva una parte obligatoria de la herencia, que se conoce como “legítima”, y de la cual el fallecido no puede disponer libremente *mediante testamento*. Estos herederos gozan de una protección especial que les otorga la ley para asegurarse de que reciban una porción de los bienes, incluso en el evento de que *el testador* trate de excluirlos.

No sobra reiterar, como presupuesto básico de nuestra posición doctrinaria, que no existe en nuestro derecho positivo norma alguna que imponga, al padre o a la madre, la obligación de conservar inalterable su patrimonio durante toda su trayectoria vital, para que los hijos disfruten de él cuando fallezcan. Lo que pretendemos dejar sentado, finalmente, es que con esta figura del fideicomiso civil constituido por acto entre vivos se puede evitar la transferencia forzada de los bienes de una persona a otra, que a criterio del constituyente del fideicomiso no lo merece, como pudiera serlo, por ejemplo, un hijo ruin o absolutamente desconsiderado con su madre o con su padre. De esta manera se permite que el fideicomitente pueda beneficiar a aquellas personas que, a su juicio, han hecho méritos suficientes para ser recompensadas. Lo anterior porque en Colombia, infortunadamente, el desheredamiento no es libre, como sí ocurre en otros países de este y otros continentes.

En nuestro medio se sigue protegiendo y defendiendo, a toda costa, una absurda, anacrónica y retardataria restricción a la voluntad testamentaria

de los particulares. No se tiene en cuenta que nuestras costumbres y los lazos familiares entre padres e hijos han evolucionado, de tal manera que muchas de las instituciones jurídicas que regulan hoy dichas materias se pueden considerar verdaderas piezas de museo; es precisamente el caso de la permanencia en nuestro derecho positivo de las anacrónicas “legítimas rigurosas” en el ámbito de la legislación sucesoral testamentaria. Ha sido reiterativa la Corte Suprema de Justicia desde mediados de la década de los 90 (Sentencia C-660/96), en el sentido de que si bien existe cierta voluntad y autonomía para el que desea testar, la verdad es que esta facultad se encuentra limitada por “las buenas costumbres y el orden público”, todo enmarcado en una perspectiva supuestamente loable, pero desconocedora de las nuevas realidades y transformaciones de las relaciones familiares de proteger, supuestamente, la institución de la familia como núcleo sustancial de nuestra sociedad.

Esta tendencia se manifiesta en otros pronunciamientos de nuestra Corte, que aparentemente tratan de evitar que la persona incurra en conductas insanas, como la prodigalidad o el despilfarro, perjudicándose a sí mismo, y a su familia. Dice nuestro máximo tribunal, que estas limitaciones, que nosotros creemos invaden la órbita de la intimidad y la libertad individual de los ciudadanos, deben exaltarse, dando gran importancia a los llamados acervos imaginarios, pues evitan el desheredamiento por padres dilapidadores y “perversos” que se ingenian diversas maniobras fraudulentas y dolosas estando en vida para que esos legitimarios no los hereden, como renunciar a los gananciales en la sociedad conyugal o donar sus bienes (Sentencia 1995-29402-02, CSJ).

Semejante argumentación, además de ser invasiva de la autonomía de la voluntad y de la libertad individual de la persona, desconoce abiertamente las nuevas realidades sociofamiliares de la era actual, como lo es la diversidad de uniones familiares que hoy se reconocen, social, jurídica y materialmente, en nuestro medio. Además, es insuficiente para soportar la lesiva permanencia en nuestro derecho positivo de la institución de las legítimas rigurosas hoy, afortunadamente morigerada por la posibilidad que se tiene de disponer libremente de, al menos, la mitad de la herencia. Estos soportes del orden público y de las buenas costumbres, que todavía mantienen vigente las legítimas rigurosas en la legislación colombiana, son conceptos demasiado generales y abstractos, que no permiten dilucidar

con claridad cuáles son los valores que en verdad se están protegiendo actualmente, como lo expresa la Dra. María Alejandra Rangel:

Si bien es cierto que de la familia emanan ciertos derechos y obligaciones con base en los principios de solidaridad y reciprocidad, estos deberes se ven satisfechos con figuras como los alimentos y la porción conyugal, pues estas tienen como fin brindar asistencia al miembro de la familia que dependa *del testador* o que requiera de su ayuda.⁵

Ahora, con la transformación del concepto de familia, se deben privilegiar aquellos vínculos de solidaridad, fruto del amor, el respeto y la empatía, prescindiendo progresivamente de la normatividad que le da gran importancia a los simples vínculos jurídicos y biológicos (Sentencia STC 6009-2018, CSJ). Al respecto, la articulista agrega: “Actualmente existen situaciones problemáticas por la existencia de estas legítimas, como el querer heredar la totalidad de sus bienes a los hijos de crianza que, pese a estar llamados a suceder, suelen fundar sus relaciones en el amor y el respeto”.

Así pues, más allá de lo planteado en las sentencias, se podría entender que las Cortes han intentado proteger la igualdad de trato y no discriminación frente a los herederos, sea por su origen familiar, hijos consanguíneos o adoptivos, o por la elección de modelos de vida por la cual opten estos, sin que el testador pueda imponerles un comportamiento determinado o amenazarlos con el desheredamiento si no se ciñen a su voluntad. Sin embargo, las legítimas rigurosas son una intromisión excesiva por parte del Estado en la intimidad de los particulares, al limitar los derechos a la libertad, a la autonomía privada, a la propiedad del testador, por razones netamente moralistas, hasta el punto de restringirle y cuestionarle incluso la libertad de celebrar *actos inter vivos* como el fideicomiso cuando están protegidos los postulados de la familia, la solidaridad y la reciprocidad, con otras figuras como lo son los alimentos de ley, como lo plantea con toda claridad la articulista antes mencionada, de la cual hemos tomado algunos de los razonamientos precedentes.

Es inminente, además de urgente, que en Colombia se implemente un régimen de libertad testamentaria total acorde al contexto actual, posibilidad que no ha vuelto a ser considerado por el Congreso desde la expedición de

⁵ María Alejandra RANGEL. “Restricción anacrónica a la voluntad testamentaria”, *Asuntos Legales*, 24 de septiembre de 2022.

la Ley 1934 de 2018, reformatoria del Código Civil, que permitió al testador disponer de una manera más amplia de sus bienes. Estamos seguros de que, con la inclusión expresa en nuestra legislación civil de la libertad testamentaria, se despejaría, aún más, la validez y eficacia del fideicomiso civil, evitando que a esta institución se le acuse, de plano, de ser un instrumento de violación de las normas sucesorales, haciendo abstracción total de la intencionalidad de su constituyente que es, en la gran mayoría de los casos, legal, legítima y loable.

Bajo la sombrilla de este rampante anacronismo en materia de derecho positivo sucesoral, se sataniza y proscribe una institución jurídica reglada por nuestro estatuto civil (arts. 794 ss del CC) que, si se utiliza conforme a la ley, es decir, respetando los postulados de la buena fe, el orden público y las buenas costumbres, constituye, indudablemente, una herramienta ágil y eficaz para que una persona pueda materializar su última voluntad transfiriendo sus bienes, después de muerto, a quienes que se han ganado su afecto y agradecimiento, tengan o no con el fallecido vínculos de parentesco de afinidad o consanguinidad.

Reiteramos entonces que, el acto jurídico de fideicomiso no puede ser calificado de nulo, inexistente o incluso, simulado *per se*, porque, bajo esa premisa, también lo podría ser cualquiera todo otro acto que transfiera la propiedad de los bienes, como lo es la venta, la permuta, la donación.

También hemos podido observar, con preocupación, que algunas entidades financieras no reciben como garantía de pago de sus acreencias, bienes que hayan sido adquiridos en propiedad plena a título de fideicomiso. Esta actitud también evidencia que, en dichas entidades, se carece de la debida capacidad de análisis jurídico para comprender la naturaleza y los efectos del fideicomiso civil como un justo título para transferir válidamente la propiedad plena de los bienes, especialmente de los inmuebles.

Cosa diferente es cuando estos bienes o, mejor, su propiedad fiduciaria, está vigente en cabeza de un fiduciario, porque todavía no se ha cumplido la condición y restituido la propiedad a los beneficiarios; en ese evento, dicha propiedad todavía está amparada por el beneficio de la inembargabilidad y, por tanto, es justificada la conducta asumida por la entidad crediticia, al desestimar esos bienes como garantía idónea y eficaz para el pago de sus acreencias.

Aspiramos a que estas disquisiciones materiales y los precedentes razonamientos jurídicos contribuyan a enriquecer el debate en torno a este tema, y logren instar, a los diversos actores que se ocupan de ellos, a despojarse de algunos prejuicios jurídicos y morales que se han ido consolidando en nuestro medio, de tal manera que se permita, sin estigmatizaciones, que los particulares puedan utilizar la institución del fideicomiso sin reservas ni temores para los propósitos jurídicos, económicos y patrimoniales previstos para ella en nuestra codificación civil.

Bibliografía

- BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1983.
- CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- CORREARANGO, Gabriel. *El fideicomiso civil*. Bogotá: Editorial Temis, 2021.
- CORREARANGO, Gabriel. *De los principales contratos mercantiles*. Editorial Temis: Bogotá, 2021.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A. *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*. México: Editorial Porrúa, 1972.
- GARRIGUES, Joaquín. *Negocios fiduciarios en el derecho civil*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1980.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. *Código General del Proceso*. Bogotá, 2012.
- MASNATTA, Héctor. *El mandato irrevocable*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2015.
- PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. *La fiducia en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1986.
- RENGIFO, Ramiro. *La fiducia*. Medellín: Colección Pequeño Foro, 1984.
- STIGLITZ, Rubén S. *Objeto, causa y frustración del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992.
- SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO. *Código Civil colombiano. Edición especial del centenario (1887-1987)*.

- VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho civil, II*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1985.
- VÉLEZ, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. Bogotá: Ediciones Lex Limitada, 1983.
- WIEAKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986.
- RANGEL, María Alejandra. “Restricción anacrónica a la voluntad testamentaria”, *Asuntos Legales*, 24 de septiembre, 2022.
- FRADIQUE MÉNDEZ, Carlos, “Nulidad de fideicomiso civil e ineficacia de restitución”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 380 (diciembre de 2024): 13-35.