



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado Ponente

STC13069-2019

Radicación n° 11001-02-03-000-2019-01578-00

(Aprobado en sesión del treinta y uno de julio de dos mil diecinueve)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Corte la acción de tutela promovida por **Gladys Gaitán de Gómez y Edgar Gómez Lucena** contra la **Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá** y la **Oficina de Registro de Instrumentos Públicos** de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Los accionantes, actuando a nombre propio, reclamaron la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia y propiedad, presuntamente vulnerados por las autoridades convocadas.

2. En síntesis, expusieron que Bancolombia S.A. adelantó en su contra un proceso ejecutivo, del que actualmente conoce el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, tramitación en la que se ordenó el embargo y secuestro de los inmuebles con folios de matrícula 50C-1675114, 50C-1675115, 50C-1675116 y 50C-1675161.

En el decurso de ese juicio, solicitaron el levantamiento de las referidas cautelas, pretextando haber constituido un «fideicomiso civil» en favor de su hija, María Ximena Gómez Gaitán (esto mediante escritura pública n.º 2061, otorgada el 21 de noviembre de 2011 en la Notaría Sesenta y Cinco de Bogotá), pedimento que fue negado por auto de 6 de marzo de 2018.

Contra esa decisión interpusieron recurso de apelación, insistiendo en «la (...) inembargabilidad que tiene los inmuebles (...) por haberse constituido un fideicomiso civil sobre ellos», conforme lo dispone el artículo 1877, numeral 8, del Código Civil, a lo que añadieron que su condición de propietarios fiduciarios de los bienes raíces ya referidos impedía que los mismos fueran embargados por sus acreedores.

La colegiatura convocada, mediante auto de 30 de enero de 2019, confirmó lo resuelto por el *a quo*, tras considerar que «no se verifica el cumplimiento de ninguna de las causales previstas en el artículo 597 del Código General del Proceso para proceder al levantamiento del embargo». Sin embargo, para los accionantes esa medida cautelar solo se explica «por un error de la Oficina de

Instrumentos Públicos zona centro», pues esta «hizo la anotación de embargo sobre los inmuebles en cuestión, cuando ello no operaba», yerro de tal magnitud que motivó que la Superintendencia de Notariado y Registro, «mediante la resolución 8686 del 15 de agosto de 2017», ordenara las «correcciones a las anotaciones» para registrar la «constitución del fideicomiso civil».

En ese sentido, «al haberse aclarado y resuelto la naturaleza del acto, en el sentido que siempre se pretendió (sic) fue constituir un fideicomiso civil, caso tal que la Oficina de [Registro de] Instrumentos Públicos Zona Centro debió haber efectuado, en su debida oportunidad, una nota devolutiva mencionando que no era posible realizar la anotación de embargo sobre los inmuebles aludidos por ser bienes inembargables a la luz del artículo 1677, numeral 8. Del Código Civil y artículo 684, numeral 13, del Código de Procedimiento Civil, vigentes en la fecha del registro».

3. Solicitaron, en consecuencia, que se ordene a la corporación de segunda instancia *«levantar la medida cautelar de embargo sobre los inmuebles (...) por haberse constituido un fideicomiso civil».*

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

1. El tribunal convocado permaneció silente.

2. La Juez Cuarta Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá adujo que la providencia del 6 de marzo de 2018 se ciñó a lo preceptuado en el ordenamiento adjetivo, conforme lo refrendó el tribunal mediante auto de 30 de enero de 2018.

3. La Registradora Principal de Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Centro, dijo que *«la calificación de las medidas cautelares de embargo de los citados folios no constituye error, pues después de un trasegar jurídico dividido, la SNR, el 15 de agosto de 2018, mediante Instrucción Administrativa 19 del mismo año, informa el verdadero alcance de las normas relativas a este tema cuando afirma que con la constitución de un fideicomiso civil no se hace transferencia alguna de dominio (art. 794 Código Civil) y que los propietarios actuales inscritos responden con su patrimonio por las obligaciones que hayan llegado a contraer (art. 2488 Código Civil)», a lo que agregó que «seguramente en una confusión interpretativa [los hoy accionantes] intentaron hacer una ficción de transferencia, que jurídicamente no existe, y ahora es de su querer perpetuarla para evitar que su patrimonio sea susceptible de medidas cautelares».*

4. Bancolombia S.A. informó que la actuación que se adelantó en el *«ejecutivo singular que cursó en el Juzgado 24 Civil del Circuito (...), ha sido transparente y ajustada a derecho tanto sustantiva como procesalmente»*, y pidió su desvinculación del presente trámite constitucional.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico.

Corresponde a la Corte establecer si el tribunal convocado vulneró las prerrogativas fundamentales invocadas por los accionantes al denegar su solicitud de levantamiento de embargos, pese a que dichas cautelas recaen sobre predios en los que se encuentra constituido un fideicomiso civil.

2. De la tutela contra providencias judiciales.

Los criterios jurisprudenciales de esta Corporación han decantado que, en línea de principio, la tutela no procede contra las decisiones o actuaciones jurisdiccionales. Para mantener incólumes los principios que contemplan los artículos 228 y 230 de la Carta Magna, al juez constitucional no le es permitido, al menos por regla, inmiscuirse en el escenario propio de los trámites ordinarios.

Ahora, dicha regla encuentra su excepción en casos en los cuales el funcionario accionado ha incurrido en un proceder arbitrario y claramente opuesto a la ley, que pueda encuadrarse en alguna de las causas específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, eventos en los que, luego de un ponderado estudio, se tornaría imperiosa la intervención del juez de tutela, con el fin de restablecer el orden jurídico.

Sin embargo, para esa excepcional mediación es imprescindible la confluencia de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, esto es, que (i) el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; (ii) el actor haya agotado los recursos judiciales a su alcance; (iii) la petición cumpla con el requisito de inmediatez (iv) en el evento de fundamentarse la solicitud de tutela en una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales del actor; (v) se

identifiquen en forma razonable los hechos que generan la vulneración; y (vi) no se trate de tutela contra tutela.

3. Breve recuento fáctico.

Conforme el material probatorio que milita en el expediente, se evidencia que:

(i) Mediante escritura pública n.° 2881 de 10 de julio de 2007, los señores Gaitán de Gómez y Gómez Lucena adquirieron en común y proindiviso el derecho de dominio de los cuatro bienes inmuebles descritos en los antecedentes de esta providencia.

(ii) A través de escritura pública n.° 2061 de 21 de noviembre de 2011, los copropietarios constituyeron un fideicomiso civil sobre los inmuebles con folios de matrícula 50C-1675114, 50C-1675115, 50C-1675116 y 50C-1675161, y sin designación expresa de fiduciario, en los siguientes términos:

«(...) obrando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 793 del Código Civil, en concordancia con los artículos 794 y siguientes, limita(n) [los constituyentes] el dominio radicado sobre los bienes especificados en el numeral primero, constituyéndolos en propiedad fiduciaria o fideicomiso civil en favor de María Ximena Gómez Gaitán, mayor de edad (...). La restitución del fideicomiso, esto es, la traslación o transferencia de la propiedad sobre el inmueble por parte del fiduciario y en favor de los fideicomisarios operará el día en que fallezcan los constituyentes señor[es] Gladys Beatriz Gaitán de Gómez y Edgar Gómez Lucena, en cuyo caso se trasladará al fideicomisario la totalidad del dominio sobre los bienes descritos».

(iii) Bancolombia S.A. inició proceso ejecutivo contra los señores Gaitán de Gómez y Gómez Lucena, y allí se decretó el embargo de los bienes raíces tantas veces mencionados. Esa decisión se comunicó a la ORIP Bogotá – Zona Centro, mediante oficio n.º 686 de 7 de marzo de 2012, inscrito el día 20 de ese mismo mes.

(iv) Aunque los deudores se notificaron del trámite de cobro, no propusieron excepciones; por ello, mediante providencia de 10 de diciembre de 2012, se dispuso seguir la ejecución en su contra, en los términos dispuestos en el mandamiento de pago.

(v) Luego de intentar, sin éxito, que el embargo fuera levantado por la ORIP Bogotá – Zona Centro, los ahora accionantes solicitaron al juez de la ejecución el levantamiento de las cautelas referidas, súplica que fue negada mediante auto de 6 de marzo de 2018, confirmado por el tribunal el 30 de enero del año en curso.

4. Caso concreto.

A partir de las precisiones expuestas, se advierte que la demanda de tutela no puede abrirse paso, porque la trasgresión de los derechos fundamentales que esgrimen los actores, de existir, no pendería de la negativa a levantar las plurimencionadas medidas cautelares, sino del decreto del embargo de los inmuebles con folios de matrícula 50C-1675114, 50C-1675115, 50C-1675116 y 50C-1675161.

Y como esa decisión no fue atacada por los deudores, y además, data –cuando menos– del 7 de marzo de 2012, no se satisfacen dos de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales: la subsidiariedad, en tanto no se esgrimió oportunamente, y a través de los remedios intraprocesales del caso, la invocada inembargabilidad de los predios de marras; y la inmediatez, dado el lapso transcurrido entre la calenda referida, y la de presentación de la demanda de tutela en referencia (20 de mayo de 2019).

Sin embargo, atendiendo la particular trascendencia del presente debate, la Corte estima necesario realizar algunas precisiones adicionales, que igualmente conducen a desestimar las alegaciones de los accionantes:

4.1. El fideicomiso civil.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 793, numeral 1, del Código Civil, *«el dominio puede ser limitado de varios modos»*, entre ellos, *«por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición»*, debiéndose añadir que una de las formas de limitar el derecho real de dominio por el sendero aludido es la llamada propiedad fiduciaria, es decir, *«la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición»* (artículo 794, *íd.*).

Cabe señalar que mediante el fideicomiso civil, el titular de una herencia, una cuota determinada de ella, o un cuerpo cierto, aquí denominado fiduciante, traslada a otro, el

fiduciario, su propiedad sobre los comentados activos, para que, una vez cumplida determinada condición, este la transfiera a un tercero: el beneficiario o fideicomisario (a través de una traslación de propiedad que el legislador denominó «restitución»).

Y aunque en virtud de este negocio jurídico solemne (pues solo puede constituirse por escritura pública o acto testamentario) se altera –por vía general– la titularidad de la propiedad, dado que pasa del fiduciante al fiduciario, este último no la adquiere plena, sino que se hace a una forma de dominio limitado, denominado propiedad fiduciaria, caracterizada precisamente por estar *«sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición»*.

Como puede verse, en el fideicomiso la transferencia se encuentra atada a una condición predeterminada, que cumple dos funciones simultaneas: es suspensiva, pues de ella pende el nacimiento del derecho de propiedad del beneficiario–fideicomisario. Y es también resolutoria, porque una vez acaezca, extingue el derecho adquirido previamente por el fiduciario.

4.2. La inembargabilidad de los bienes que el deudor «posee fiduciariamente».

Acorde con el artículo 1677, numeral 8, del Código Civil: *«La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables. No son embargables: 8º) La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente»*, regla

que fue incluida también en las codificaciones procesales preexistentes, bien por remisión (en vigencia del Código Judicial¹), o por reiteración (estando en vigor el Código de Procedimiento Civil²);

No obstante, parece inviable colegir que como el numeral 13 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil no fue reproducido en el canon 594 del Código General del Proceso, la norma del Código Civil fue derogada (como lo sostuvo el tribunal en este caso), porque así no lo señaló expresamente el legislador, ni la pauta recién citada constituye un *numerus clausus*; por el contrario, allí se dijo expresamente que «**además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar (...)**» los allí relacionados, reconociendo la existencia de otras disposiciones similares, como la citada previamente.

De otra parte, esa inembargabilidad no está exenta de polémica, al menos en un puntual evento: si fiduciante y fiduciario son la misma persona, que es lo que ocurre, a voces del artículo 807 del estatuto sustantivo civil, «*cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición*», casos en los cuales, se insiste «*gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere (...)*».

¹ Artículo 1004-16: «*Tampoco son embargables los siguientes bienes: (...) 16.- Los demás bienes no embargables conforme al Código Civil o a otras leyes.*».

² Artículo 684- «*Además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse: (...) 13. Los objetos que se posean fiduciariamente.*».

4.3. El precedente de la Sala y la necesidad de precisar sus alcances.

En sentencia STC7916-2018, 20 jun., se analizó un caso como el presente, en el que confluían en un mismo sujeto las calidades de fiduciante y fiduciario. Allí, esta Sala defendió la inembargabilidad de los bienes que se posean fiduciariamente, pero lo hizo a partir de la lectura de una sola arista del problema: la derogatoria del precepto 1677, numeral 8, ya citado, que defendió el tribunal en la providencia atacada en sede de tutela, y que, como se explicó *supra*, realmente no tuvo lugar.

Sin embargo, en ese entonces la Corte solo fijó su atención sobre la vigencia de la regla de inembargabilidad, sin extender su análisis a la interpretación de la misma en contextos fácticos como el descrito. En ese sentido, es pertinente resaltar que la citada norma del Código Civil, aún vigente, hace referencia a los bienes «*que el deudor posea fiduciariamente*», lo que sugiere que fue concebida para evitar que se confundan en el patrimonio del fiduciario los bienes que el fiduciante le confió.

Por esa vía, se instituyó una prohibición que procura evitar que los acreedores del propietario fiduciario pudieran usar esos activos (transferidos bajo condición resolutoria y, al tiempo, suspensiva) como prenda de garantía de sus acreencias, generando un injustificado desequilibrio patrimonial entre fiduciante y fiduciario, y afectando indebidamente las expectativas legítimas del fideicomisario.

Pero el desbalance que resulta evidente cuando el segundo cubre sus propias deudas con bienes que no son realmente suyos (pues los detenta fiduciariamente), no parece presentarse cuando ese rol negocial lo ocupa también el primero, debiéndose añadir que el revés de las perspectivas del beneficiario no parece merecer en esta hipótesis alguna consideración especial; antes bien, su frustración es similar a la del heredero, que debe pagar primero las obligaciones de su causante, antes de hacerse dueño de los bienes relictos.

Por consiguiente, es imperativo repensar si la inembargabilidad que actualmente consagra el ordenamiento respecto de «*los objetos que el deudor posee fiduciariamente*» aplica a todos los fideicomisos civiles, o solamente a aquellos en los que fiduciario y fiduciante son personas distintas, y –por lo mismo– puede sostenerse la existencia de una real transferencia de la propiedad entre dos patrimonios, también diferenciables.

4.4. Planteamiento de una nueva subregla jurisprudencial.

Conforme a lo expuesto, la inembargabilidad tantas veces referida no se dispuso respecto de la propiedad fiduciaria, como concepto abstracto, sino frente a los bienes «*que el deudor posee fiduciariamente*», esto es, aquellos en los que la relación jurídica entre un activo y el titular de derechos reales solo puede explicarse a partir de un negocio fiduciario; únicamente en ese evento la restricción sería útil y armónica con los postulados del derecho privado.

Pero si el propietario pleno, diciéndose fiduciante, pretende transmitirse a sí mismo la propiedad fiduciaria, en realidad no puede predicarse la existencia de transferencia alguna. De hecho, luce impensable que el propietario pleno se obligue para consigo mismo a transferirse un dominio ahora limitado, o lo que es peor, que con su sola intervención se bifurque su patrimonio en tantos patrimonios distintos como activos posea.

Expresado de otro modo, si el fiduciante es el mismo fiduciario, los bienes que integran su haber lo hacen en virtud de un título y/o modo antecedente, distinto del fideicomiso civil (por vía de ejemplo, un contrato de compraventa sumado a la tradición, o la prescripción adquisitiva de dominio, por el tiempo de ley, precedida de la posesión), de modo que no puede realmente afirmarse que posea bienes «fiduciariamente», o al menos no sin ocultar la realidad preexistente al referido fideicomiso.

En ese sentido, resulta necesario edificar la siguiente *subregla* jurisprudencial: (i) puede constituirse un fideicomiso civil sin designar un fiduciario, de modo tal que ese papel lo ocupe el mismo fiduciante (de acuerdo con el artículo 807 del Código Civil), pero en ese caso (ii) los acreedores de este podrán embargar los bienes que integran el fideicomiso, porque en realidad no los «posee fiduciariamente» (como lo exige el artículo 1677-8, *id.*).

En similares términos se pronunció la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en fallo CSJ STP, 9 may. 2009, rad. 25430, oportunidad en la que se expuso:

«El Tribunal demandado en su providencia aceptó que aunque en principio el bien objeto de fideicomiso podría reputarse inembargable, en realidad no lo es porque según los términos de la escritura pública, no están involucradas tres personas, como es lo habitual, sino dos: un constituyente o un fideicomitente, que se confunde con el fiduciario (propietario) y el fideicomisario (...). Así las cosas, puede inferirse que cuando la ley habla de objetos que se posean fiduciariamente o de propiedad fiduciaria, está haciendo alusión al fiduciario, aquella persona que es formalmente propietario, porque esa titularidad sobre el bien la tiene en forma transitoria, con cargo a pasarla o restituirla al tercero beneficiario o fideicomisario. En esa medida, el legislador quiso proteger esa condición, ese estado latente de la propiedad, prohibiendo su embargo, pues en realidad se posee el bien con la limitante de tenerlo que pasar a otra cumplida una condición y aunque puede disponer de él, queda de todos modos con la obligación de restituirlo.

En cambio, en el asunto de esta litis, el constituyente o fideicomitente, nunca le hizo traslación del dominio sobre el bien a un fiduciario, con cargo a restituir el bien a un tercero beneficiario o fideicomisario, porque como reza la escritura pública, él mismo se reservó para sí la calidad de fiduciario, lo que significa que en verdad siguió siendo el propietario absoluto y así se desprende de la cláusula novena de la escritura de constitución del gravamen. (...) dicho de otra manera, por la Sala, dado que en el codemandado (...) concurren las dos calidades, la de propietario pleno y la de fiduciario civil, no es esta la hipótesis que contemplan los artículos 684, numeral 13 del C.P.C. y 1677, numeral 8 del C.C., que se refieren, en su orden, a quien posea el objeto fiduciariamente y a la propiedad de objetos que el deudor posee fiduciariamente».

5. Conclusión

Conforme a lo anteriormente discurrecido, se desestimará el auxilio implorado, no solo porque no se atienden los

criterios de inmediatez y subsidiariedad, instituidos como causales genéricas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, sino también porque la decisión reprochada no contraviene el ordenamiento, aunque a esa solución hubiera arribado el tribunal por un sendero distinto al expuesto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NIEGA** la tutela deprecada a través de la presente acción.

Comuníquese lo acá resuelto a las partes por un medio expedito, y de no ser impugnado, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.



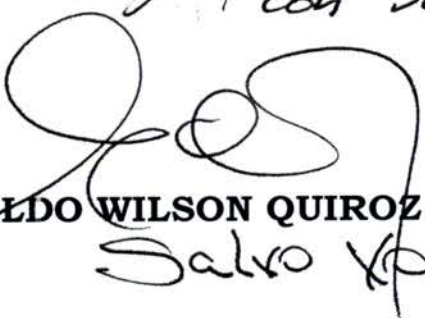
OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

con Salvamento de voto



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Salvo voto



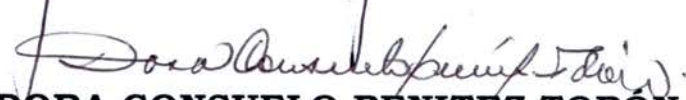
LUIS ALONSO RICO BUERTA



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
a clero vo to



DORA CONSUELO BENITEZ TOBÓN
Conjuez



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n.º 11001-02-03-000-2019-01578-00

Con el respeto acostumbrado, brevemente expreso las razones que me impiden acompañar la decisión que dirimió en primera instancia la acción de tutela de la referencia.

1. La determinación de la cual me aparto es aquella que halló inviable la protección constitucional propuesta frente al auto del Tribunal encartado que ratificó el del *a-quo*, mediante el cual, en un juicio ejecutivo, se negó el levantamiento de las cautelas practicadas respecto de unos inmuebles, rogada por los accionantes *-allí ejecutados-* pidiendo la aplicación de la regla de inembargabilidad de que trata el numeral 8º del artículo 1677 del Código Civil, aduciendo haber constituido sobre los mismos un «*fideicomiso civil*» en favor de un tercero.

1.1. Conclusión a la que arribó esta Sala al hallar ausentes los presupuestos de «*procedencia de la tutela contra providencias judiciales*» de la subsidiariedad y la inmediatez, al asumir que «*la trasgresión de los derechos fundamentales que esgrimen los actores, de existir, no pendería de la negativa a levantar las plurimencionadas medidas cautelares, sino del decreto del embargo de los*

inmuebles», y «esa decisión no fue atacada por los deudores, y además, data -cuando menos- del 7 de marzo de 2012».

1.2. Adiciono a ello, tras referir algunas generalidades del «fideicomiso civil», *«la inembargabilidad de los bienes que el deudor “posee fiduciariamente”*» y la necesidad de precisar los alcances del precedente STC7916-2018 de esta Sala, que *«la decisión reprochada no contraviene el ordenamiento, aunque a esa solución hubiera arribado el tribunal por un sendero distinto al expuesto»*, en tanto que:

...la inembargabilidad tantas veces referida no se dispuso respecto de la propiedad fiduciaria, como concepto abstracto, sino frente a los bienes «que el deudor posee fiduciariamente», esto es, aquellos en los que la relación jurídica entre un activo y el titular de derechos reales solo puede explicarse a partir de un negocio fiduciario; únicamente en ese evento la restricción sería útil y armónica con los postulados del derecho privado.

Pero si el propietario pleno, diciéndose fiduciante, pretende transmitirse a sí mismo la propiedad fiduciaria, en realidad no puede predicarse la existencia de transferencia alguna. De hecho, luce impensable que el propietario pleno se obligue para consigo mismo a transferirse un dominio ahora limitado, o lo que es peor, que con su sola intervención se bifurque su patrimonio en tantos patrimonios distintos como activos posea...

En ese sentido, resulta necesario edificar la siguiente subregla jurisprudencial: (i) puede constituirse un fideicomiso civil sin designar un fiduciario, de modo tal que ese papel lo ocupe el mismo fiduciante (de acuerdo con el artículo 807 del Código Civil), pero en ese caso (ii) los acreedores de este podrán embargar los bienes que integran el fideicomiso, porque en realidad no los «posee fiduciariamente» (como lo exige el artículo 1677-8, id.).

2. Ahora, en síntesis, no comparto los anteriores planteamientos porque:

2.1. Sí están satisfechos los presupuestos generales de procedibilidad de la acción de tutela, pues la decisión fustigada constitucionalmente por los accionantes lo es, en puridad, a diferencia de lo sostenido por la posición mayoritaria, el auto dictado por el Tribunal acusado, en sede de alzada, el pasado 30 de enero, mediante el cual confirmó el del *a-quo* que no accedió al levantamiento de las medidas cautelares reprochadas.

2.2. Contrario a lo sostenido en aquel proveído por la Colegiatura criticada, en el ordenamiento jurídico patrio continúa vigente lo reglado en el numeral 8º del artículo 1677 del Código Civil -*invocado por los accionantes*-, el cual de manera expresa y clara contempla, sin distinción, la inembargabilidad de «[l]a propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente».

2.3. De otro lado, no le era dable al juzgador natural ni a esta Corte, de cara a resolver la específica temática puesta en su conocimiento, inmiscuirse en aspectos diferentes a constatar los supuestos previstos en el aparte normativo referido a espacio, esto es, la existencia o no de la propiedad fiduciaria restrictiva del fin cautelar, motivos por los cuales la decisión reprochada en sede de tutela no podía obtener respaldo del juez constitucional.

2.3.1. En efecto, no existe duda alguna en cuanto al vigor actual del precepto en comento, pues el mismo no ha sido objeto de derogatoria tácita, expresa u orgánica alguna,

como suficientemente lo ha dejado por sentado esta Sala en asuntos que guardan simetría con el presente (CSJ STC7916-2018, 20 jun., rad. 2018-01177-00; y STC8518-2018, 6 jul., rad. 2018-01516-00), de donde desafortunada fue la conclusión expuesta al respecto por el Tribunal enjuiciado.

2.3.2. Ahora, zanjado lo anterior, siendo aplicable aquella disposición al caso concreto, dada su incuestionable vigencia, ante la petición de levantamiento de cautelas efectuada por los ejecutados, correspondía a la autoridad judicial recriminada simplemente confrontar si los predios cautelados en el juicio en cuestión se hallaban jurídicamente sometidos a la alegada propiedad fiduciaria, acorde con el artículo 796 del Código Civil, sin serle dable ocuparse de aspectos ajenos a ello, como lo fue calificar los efectos de la fiducia al advertir que en los ejecutados confluían las calidades de fideicomitentes y fiduciarios.

En ese sentido, en asuntos simétricos al de ahora, esta Sala de Decisión, con acompañamiento del suscrito y salvamento de voto de algunos de sus integrantes, para acceder al resguardo allí rogado, sostuvo que:

...la función de un juez -ya individual ora plural- al interior de un pleito ejecutivo, a la hora de pronunciarse acerca de la inembargabilidad o no de un determinado bien, y ello en aras de decretar o no el levantamiento de la medida cautelar que sobre el mismo pese, no puede extenderse, como en el sub judice sucedió, a analizar asuntos diversos a aquellos que son ingenitos a la naturaleza del preciso tópico a abordar; o sea, sabido que no es embargable «[l]a propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente» (artículo 1677-8º del Código Civil), lo que

correspondía a la sala accionada era pasar a verificar si el preciso inmueble objeto del embargo que se pidió levantar, estaba legalmente sujeto o no a «propiedad fiduciaria», para de ahí adoptar postura sobre el particular.

Empero, no podía la colegiatura enjuiciada adentrarse en temáticas que -de ser el caso- han de emprenderse en separado litigio declarativo que, eventualmente y al efecto, se adelante por quienes contingentemente estén legitimados para lo propio, pues, obrar como se hizo en el sub examine, esto es, adentrarse en los terrenos de descalificar, dentro de un juicio ejecutivo, el «contrato de fideicomiso» celebrado y registrado en la oficina de instrumentos públicos respectiva, con el cual se constituyó la «propiedad fiduciaria» sobre el predio cautelado, no traduce cosa diversa que suplantar, sin fórmula de juicio, la competencia que corresponde en esos menesteres al juez natural y ello dentro de la senda procedimental legalmente establecida.

Por tanto, el laborío que había de emprender la corporación querellada no era otro diverso que establecer si, de cara al canon 796 del Código Civil, el aludido fideicomiso, dado que lo fue por acto entre vivos, había sido «otorgado en instrumento público», mismo que debía «inscribirse en el competente registro» en tanto recayó en un bien raíz.

Lo demás, es decir, entrar a auscultar el entramado jurídico que alberga el contrato recogido por la Escritura Pública N.º. 0919 de 14 de octubre de 1998, no obedece a la órbita de gestión que debía desplegarse dentro del juicio compulsivo sub lite, sino que se trata de, se repite, temática que de ser el caso habrá de asumir el operador judicial competente y dentro del litigio correspondiente (CSJ STC7916-2018, 20 jun., rad. 2018-01177-00; y STC8518-2018, 6 jul., rad. 2018-01516-00).

2.3.3. Lo dicho imponía conceder el resguardo supralegal del epígrafe, en tanto dada la claridad y actual vigencia de la regla contenida en el numeral 8º del artículo

1677 del Código Civil, observando «*el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete*» (CC C-317/12), al juzgador natural sólo le era dable, en torno a la solicitud del levantamiento de cautelas propuesta, establecer si los predios embargados estaban afectos a la propiedad fiduciaria y, en caso afirmativo, acceder a aquel ruego, o de lo contrario, desecharlo, sin adentrarse en ninguna otra temática.

2.3.4. Por lo demás, lo expuesto por esta Corte en las reseñadas providencias STC7916-2018 (20 jun., rad. 2018-01177-00) y STC8518-2018 (6 jul., rad. 2018-01516-00), da cuenta pormenorizada de la materia aquí auscultada y a ellas me remito en aras de la brevedad.

3. En los anteriores términos dejo consignados los motivos que en esta oportunidad me llevaron a separarme de la decisión mayoritaria.

Fecha *ut supra*.



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 11001-02-03-000-2019-01578-00

1. Comparto el fondo de la decisión adoptada por la mayoría en la sentencia que precede.

No obstante, estimo que el problema jurídico sometido al escrutinio de la Sala debió zanjarse bajo el haz de la teoría de la inexistencia del negocio jurídico. Cuando la fiducia civil no designa un propietario fiduciario (o, genéricamente, un fiduciario) concreto, diferente al fiduciante, es un acto jurídico carente de entidad, e inepto para generar cualquier efecto en el mundo del derecho, mucho menos puede ser medio para sacar del patrimonio del constituyente los bienes que mediante el negocio fiduciario se dicen transferir.

En ese sentido, las consideraciones vertidas en el numeral 4º de la parte motiva de la providencia frente al problema jurídico planteado no son pertinentes pero también incompletas, y, por esa razón, aclaro y adiciono mi voto en relación con la determinación mayoritaria.

2. Plasmo enseguida los motivos que, a mi modo de ver, daban lugar a desestimar el amparo deprecado en el asunto de la referencia.

Me apoyaré, para tal fin, en un salvamento de voto¹ que desde el pasado a hoy he elevado en ese puntual sentido, combatiendo una imperfecta e incorrecta postura e interpretación de la fiducia, cuando es utilizada con fines contrarios a los proclamados por el Estado Social y Constitucional de Derecho.

Se expondrán, primero, los rasgos básicos y esenciales de los fideicomisos y de los negocios fiduciarios en el régimen del Código Civil, para luego pasar a indicar porqué el acto celebrado por el interesado carece de ellos, es inexistente y falta de la aptitud de sacar los bienes del patrimonio del constituyente.

2.1. Ciertamente, la propiedad constituida en el asunto debatido, esto es, cuando por acto intervivos, fiduciante, constituyente o fideicomitente, o como indistintamente se le quiera denominar a este primer sujeto de derecho, que, simultáneamente, es el mismo fiduciario, apenas hay un presunto o aparente segundo interviniente, que funge con una calidad jurídica adicional, en condición de aparente segundo sujeto de derecho; sin que real y ontológicamente, en calidad de fiduciario, sea fáctica y efectivamente una persona diferente al constituyente.

¹ Concretamente, el manifestado frente a la sentencia STC8518-2018, exp. 2018-01516-00, de 6 de julio de 2018.

Por consiguiente, si una misma persona reviste dos calidades jurídicas o la doble condición de fiduciante y de fiduciario, inevitablemente la cosa fideicomitida sí puede ser objeto de medida cautelar, al nunca haber salido del patrimonio del fiduciante-deudor.

Sin dubitación, el negocio jurídico que contiene la limitación dominical brota como mera apariencia, es inexistente e irreal, puesto que no hay verdadero traslado de la disponibilidad de la cosa gravada, no hay tradición en realidad, de tal modo que el fiduciante o propietario y presunto afectado con la cautela no puede aducir, bajo ese acto ficto, que no es auténtico propietario, puesto que, sustantivamente, lo sigue siendo.

Tampoco puede argumentarse que es solo un fiduciario porque, a la vez, sin que pueda negarlo, sigue siendo, el mismo fideicomitente, propietario y deudor.

Ese acto, así otorgado, con la intervención real y única del solo propietario, es apenas un remedo de convención; ni siquiera en la imaginación cabe que sean diferentes fiduciante y fiduciario, porque en el fondo es una operación jurídica fingida para poner a salvo la cosa de la medida cautelar por créditos anteriores o posteriores del propietario de ésta, o para sustraer la propiedad frente a las acciones de terceros.

Lo anterior, desde luego, riñe con el principio de identidad, la buena fe, la seguridad jurídica, la confianza legítima y lo auténtico.

2.2. El fideicomiso. Trasfondo histórico del instituto y su recepción en el Código Civil

Fue el fideicomiso, en las primeras épocas de Roma, una institución vinculada estrechamente con el Derecho Sucesoral². Figuraba entre las cargas que se le imponían al heredero, que, a diferencia de los legados, se expresaban en forma suplicatoria y no imperativa.

Comenzaron a usarse para favorecer a ciertas personas incapaces de adquirir *mortis causa* (vbgr. los peregrinos), pues en lugar de designarlos como sucesores, el testador confiaba a la buena fe de su heredero el cumplimiento de ciertos encargos, que adquirieron el nombre de *fidei committebat heredis* o *fidei tuae committo* (encomienda a tu consciencia). Tales asignaciones carecían, en principio, de fuerza coercitiva, conforme advierte May³.

La manera de encomendar un fideicomiso en la forma dicha era así: "*Ticio, sé heredero. Te ruego, L. Ticio, y te pido que tan pronto como aceptes mi herencia, se la devuelvas y la restituyas a Gayo Seyo*"⁴.

² Así: MAY, Gaston. *Éléments de Droit Roman*. Librairie de la Société Anonyme du Recueil Sirey. Paris. 1925. Pág. 546.

³ MAY, Gaston. *Ob. cit.* Págs. 546-547.

⁴ DI PIETRO, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Ediciones Depalma. 1999. Pág. 411.

De allí que se le definiera como un acto de última voluntad, por el cual una persona confiaba en la buena fe de otra, para transmitir el dominio de una cosa determinada a un tercero⁵.

De tal forma que la institución, en el derecho romano, aparece “(...) como un medio para eludir las incapacidades de suceder, de que adolecían, entre otros, los peregrinos. El causante o fideicomitente hacía un ruego al fiduciario para que traspasara los bienes al fideicomisario, el incapaz”⁶.

Y, como se puede advertir, no existía acción para exigir el cumplimiento de tal compromiso, por tanto, dependía de la buena fe -*fides*- del fiduciario, y llevaba “el nombre de *fidei tuae committo* (encomiendo a tu conciencia)”⁷, convirtiéndose este principio en regla esencial.

Con el tiempo, se le revistió de exigibilidad,

“[n]o obstante, la vía procesal contin[uaba] siendo inaccesible para el fideicomiso, ya que teóricamente persiste la idea de que el deber que con él se impone al fiduciario es puramente ético y no jurídico. Se podía, empero, obtener su efectividad por vía del procedimiento extraordinario, en un principio sólo ante los cónsules, y más tarde, a partir de Claudio, según la importancia de la disposición, ante éstos o ante un magistrado especial, el *praetor fideicommissarius*, y en su lugar el gobernador en las provincias”⁸.

⁵ La definición corresponde a la expuesta por algunos de los más ilustres romanistas colombianos. Vide: SAAVEDRA LOZANO, Saúl/BUENAVENTURA LALINDE, Eduardo. *Derecho Romano. Traducciones y Apuntes. Tomo I*. Ed. Centro S.A. Bogotá. 1942. Pág. 449.

⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo/SOMARRIVA UNDURRUGA, Manuel/VODANOVIC, Antonio. *Tratado de Derechos Reales. Tomo II*. Ed. Temis y Editorial Jurídica de Chile. Bogotá-Santiago. 2001. Págs. 88 y 89.

⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo/SOMARRIVA UNDURRUGA, Manuel/VODANOVIC, Antonio. *Ob. cit.* Pág. 89.

⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo/SOMARRIVA UNDURRUGA, Manuel/VODANOVIC, Antonio. *Ob. cit.* Pág. 89.

La generalización de la figura entre la antigua sociedad romana, y el usual incumplimiento del heredero instituido frente a lo pactado⁹, llevó a Augusto a darle carta de naturaleza y plena obligatoriedad, creándose tiempo después –y bajo Claudio– una magistratura especialmente encargada de hacerlos efectivos (*Praetor fideicommissarius*)¹⁰.

Con todo, fue una institución que perduró, al menos formalmente, a través de todas las etapas del desarrollo del Derecho Romano¹¹.

Al lado de esta fiducia, de sello puramente sucesorio, conocieron los romanos la ***fiducia cum creditore***, consistente en proporcionar al acreedor una garantía real mediante la transmisión de una propiedad. Debía cesar cuando el fiduciante pagara al fiduciario la deuda¹², y operaba de la siguiente manera:

“[E]l deudor para garantizar su adeudo, transmitía determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin y a su vez se obligaba, en virtud del *pactum fiduciae*, a retransmitirlos al deudor, cuando hubiere pagado su crédito. En caso de que el deudor no cumpliera con su obligación, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto, de retener la cosa para sí o para enajenarla. En otras palabras, la propiedad se consolidaba en el acreedor fiduciario si no se pagaba la deuda fiduciariamente garantizada, aun cuando su valor excediera el importe de la obligación principal y además el acreedor no quedaba obligado a devolver diferencia alguna al deudor (...)”¹³.

⁹ Sobre este punto: ANZOLA, Nicasio. *Lecciones Elementales de Derecho Civil Colombiano. Curso Primero*. Ed. Librería Colombiana Camacho Roldán y Tamayo. Bogotá. 1918. Págs. 333-334.

¹⁰ Así: Cfr. MAY, Gaston. *Ob. cit.* Pág. 547; TRUJILLO ARROYO, Juan C. *Lecciones de Derecho Romano. Tomo I*. Imprenta La Luz. Bogotá. 1938. Pág. 240; ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo/SOMARRIVA UNDURRUGA, Manuel/VODANOVIC, Antonio. *Ob. cit.* pág. 89.

¹¹ Cfr. MAY, Gaston. *Ob. cit.* Págs. 546-547.

¹² Así: VALENCIA ZEA, Arturo/ORTIZ MONSALVE, Arturo. *Derecho Civil. Tomo II. Derechos Reales*. Ed. Temis. Bogotá. 2012. Pág. 286.

¹³ VILLAGORDOA LOZANO, José M. *Doctrina General del Fideicomiso*. Asociación de Banqueros de México. México D.F. 1976. Pág. 12.

Y también la ***fiducia cum amico***, que se empleaba

“(...) para que aquella persona que recibía el bien transmitido, pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio provecho; una vez realizados esos fines, quien había recibido los bienes transmitidos, como consecuencia del pactum fiduciae, los retransmitía al tradens. Como se desprende de lo expuesto, la fiducia cum amico se identificaba con el comodato, que era un préstamo gratuito de uso”¹⁴.

La fiducia romana pasó al derecho español feudal, donde, bajo la denominación de “*mayorazgos y vinculaciones*” o simplemente “*sustituciones*”¹⁵ (Partidas VI; Tít. V.; Leyes II a XIV¹⁶), fue muy secundada a fin de que los bienes no salieran de la familia, por darse o no darse determinada condición¹⁷.

Al derecho moderno llegó tras haber sido abolida por los revolucionarios franceses, quienes buscaron suprimir los abusos cometidos por la nobleza en contra de los siervos y vasallos; esa fue la razón, como dice Arteaga, para que el *Code* napoleónico no la contemplara dentro de su articulado (Cfr. art. 896 *Code*), si bien, volvió a ser considerada en el Código de don Andrés Bello¹⁸.

El Código Civil colombiano, lo mismo que el chileno, regula el fideicomiso de una manera bien distinta a como lo

¹⁴ CLARET Y MARTI, Pompeyo. *De la Fiducia y del Trust. Estudios de Derecho Comparado*. Editorial Bosch. Barcelona. 1946. Págs. 10-11.

¹⁵ RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano. Tomo II*. Ed. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. 1990. Pág. 325; también: MEDINA PABÓN, Juan E. *Derecho Civil. Bienes. Derechos Reales*. Ed. Universidad del Rosario. Bogotá. 2015. Pág. 268.

¹⁶ *Las Siete Partidas de Alfonso El Sabio. Cotejadas con varios Códices Antiguos por la Real Academia de la Historia y Glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias. Tomo IV. Sexta y Setena Partida*. Págs. 85 y ss.

¹⁷ Así: ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Derecho Civil. Tomo II. Bienes*. Ed. Temis. Bogotá. 1980. Pág. 72.

¹⁸ ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. *De los Bienes y su Dominio*. Editorial Facultad de Derecho. Bogotá. 1999. Pág. 455.

hacían los romanos. Se halla en un lugar diferente al que ocupaba en la legislación antigua. No se encuentra en el Libro III (de las sucesiones por causa de muerte) sino en el Libro II, que trata sobre *“los bienes y (...) su dominio y posesión”*.

Empero, no es en el Derecho Civil nacional una variante de los legados ni una figura exclusiva del Derecho Sucesorio, sino que se erige en gravamen a la propiedad y por tanto, forma de propiedad, al lado de las servidumbres y otros derechos reales: usufructo, uso y habitación; sin perjuicio de las instituciones del albaceazgo fiduciario (arts. 1368 y ss. del CC) y de las sustituciones fideicomisarias (art. 1223 CC), que siguen gozando de reconocimiento legal.

Tampoco es siempre un acto de última voluntad, porque el artículo 796 *ibidem* permite que se constituya por negocio entre vivos.

Otra diferencia notable con el Derecho Romano, estriba en que el fideicomiso no estaba sujeto a condición. Como dice el exmagistrado de esta Sala, Trujillo Arroyo, era una especie de legado *“(...) hecho en forma de ruego para trasladar a otra persona una herencia o también uno o más cuerpos ciertos, valiéndose para ello de una persona de confianza (fiduciario) que debía hacer la restitución al beneficiado o fideicomisario”*¹⁹.

¹⁹ TRUJILLO ARROYO, Juan C. *Ob. cit.* Pág. 244.

En síntesis, la fiducia civil halla asiento, en nuestro ordenamiento, en el Libro Tercero para los efectos de las Sucesiones, pero, igualmente, en el Libro Segundo, dando lugar a la propiedad fiduciaria, como modalidad de dominio, con un carácter bien particularizado.

Según el artículo 764 del Código Civil “[s]e llama *propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición*”²⁰.

De modo que su esencia gravita en la presencia de una condición cuyo cumplimiento determina la tradición de la propiedad de manos del constituyente al beneficiario, bajo el principio de la buena fe que campea en cualquiera de las formas.

Conforme a tal mandato (art. 764 CC), se trata, en principio, del establecimiento, en favor de otro, de un dominio restringido y transitorio, por cuanto se halla desprovisto de la vocación de perpetuidad característica del pleno o absoluto, toda vez que la persona a quien se transfiere, el fiduciario, tiene la obligación, una vez se cumpla la condición impuesta por el constituyente, de pasar a un tercero la propiedad del bien.

Ahora, si el fideicomiso no comporta el traslado del dominio de su titular al fiduciario (art. 807 CC), dicho pacto

²⁰ Sin desconocer que igualmente se halla en el Código de Comercio.

no pasa de ser un gravamen a la propiedad de aquél, del que no surge un derecho diferente para éste.

De tal modo, que la fiducia forma parte de las instituciones testamentarias, pero también del estatuto de la propiedad; paralelamente, es un acto jurídico, como causa o fuente de ésta, es un título que contiene una manifestación de voluntad jurídica, y en esa condición, debe revestir los mismos requisitos de los actos jurídicos.

2.3. Propiedad fiduciaria civil y negocio fiduciario

2.3.1. La propiedad fiduciaria

De lo dicho fluye necesario entender que la propiedad fiduciaria es una modalidad de derecho real, como se definió previamente, según la regla 764 de nuestro Código Civil “(...) *sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición*”.

La constitución de la propiedad fiduciaria puede ser por testamento, como acto jurídico unilateral, o mediante acto *intervivos*, el cual, si versa sobre inmuebles, debe realizarse en forma solemne, por escritura pública (art. 796 del CC), indefectiblemente.

Hoy, como ayer, teniendo en mente lo previsto en el artículo 4 del Decreto 1579 de 2012, es imperativo constituir la por instrumento público, cuando se trata de una limitación que grava un bien raíz:

*“Artículo 4º. Actos, títulos y documentos sujetos al registro. Están sujetos a registro todo acto, contrato, decisión contenido en escritura pública, providencia judicial, administrativa o arbitral **que implique** constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, **limitación**, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes inmuebles”.*

En consecuencia, por tratarse de una forma de propiedad, demanda la existencia de un título y de un modo para que el derecho real correspondiente surja a la vida jurídica.

El título, como tal, es el acto jurídico que le da fuente o que emerge como causa eficiente, para que luego actúe el modo de adquirir el derecho de dominio.

En consecuencia, no se trata simplemente de una forma de propiedad ilusa u originaria, sino derivada, creada por el hombre y autorizada por la ley.

2.3.2. El acto o negocio jurídico fiduciario

La fiducia y el fideicomiso operan a través del **negocio fiduciario**²¹, el cual tiene su fundamento, como lo tenía ya en el antiguo derecho romano²², en la *fides* o confianza de las partes que lo celebran, nota esencial, básica y definitiva²³.

²¹ Así: BARRAGÁN, Alfonso M. *Derechos Reales*. Ed. Temis. Bogotá. 1979. Págs. 119 y ss.; MUSTO, Néstor Jorge. *Derechos Reales. Tomo I*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2000. Págs. 371 y ss.; CAÑON RAMÍREZ, Pedro A. *Derecho Civil. T. II. Vol. I. Bienes. Derechos Reales*. Editorial ABC. Bogotá. 1985. Pág. 348; MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Negocios Simulados, Fraudulentos, y Fiduciarios. Tomo II*. Ed. Eduar. Buenos Aires. 1975. Págs. 224 y ss.

²² Referente al rasgo de la “confianza”, propio del fideicomiso en el Derecho Romano: DI PIETRO, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1999. Pág. 411.

²³ Cfr. BARRAGÁN, Alfonso M. *Ob. cit.* Págs. 119-120; en sentido similar: MUSTO, Néstor Jorge. *Ob. cit.* Pág. 368; CAÑON RAMÍREZ, Pedro A. *Ob. cit.* Pág. 348; HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II. De las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico. Vol. II*. Ed. Externado de Colombia. Bogotá. 2015. Pág. 614; GUERRERO, Mario. *La Simulación*

Así se ha pronunciado la Corte, al decir:

“El fideicomiso, que bien se puede llamar fiducia, es en términos estrictos, una convención basada en la confianza. Fideicomiso viene de fiducia, que es confianza, seguridad. Tuvo origen en el Derecho Romano donde llegó a ser en su esencia un contrato por el cual se transmitía la propiedad de una cosa con el encargo de devolverla a determinada persona cumplidas ciertas circunstancias” (CSJ SC del 24 de junio de 1953, M.P. Gerardo Arias)²⁴.

La doctrina nacional sostiene:

“El fideicomiso es un negocio jurídico autónomo, en cuya virtud se transfiere en forma efectiva, la propiedad del fideicomitente al fiduciario, con la obligación de conservarla, de administrarla o de restituirla (transferirla) al mismo fideicomitente o al beneficiario, como encargo o comisión de entera confianza.

“(…).

“La autonomía y los mecanismos o estructura propios del fideicomiso hacen que esta figura jurídica resulte distinta e inconfundible con otras paralelas o afines”²⁵.

Su núcleo central reside en la transmisión de la propiedad a un tercero, llamado fiduciario, para que haga la restitución a otro, el beneficiario, una vez cumplida la condición.

Por eso, como afirman Nivarra, Ricciuto y Scognamiglio,

“(…) [e]n el negocio fiduciario, un sujeto (fiduciante) transfiere la propiedad de determinados bienes a otro sujeto (fiduciario), en el entendido de que éste último haga determinado uso de ellos, para luego volvérselos a transferir al fiduciante o a un tercero (...). Desde el punto de vista estructural, el negocio fiduciario resulta

en el Derecho Civil Colombiano. Editorial Máxima. Bogotá. 1957. Pág.13; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. cit. Págs. 224 y ss.

²⁴ En similar sentido: CSJ SC del 24 de marzo de 1936 (M.P. Liborio Escallón).

²⁵ CAÑON RAMÍREZ, Pedro A. Ob. cit. Pág. 348.

*de la combinación de dos negocios: un contrato con efectos reales, que comporta la transferencia de los bienes del fiduciante al fiduciario, y un contrato con efectos obligatorios, el llamado pactum fiduciae (...)*²⁶.

Es un auténtico **contrato**²⁷, de carácter **bilateral** al exigirse la declaración de dos partes (constituyente y fiduciario), como condición de su existencia; **solemne** (pues requiere siempre escritura pública por relacionarse con la propiedad raíz); además, puede ser **oneroso o gratuito**.

De allí que sea correcto y coherente cuanto prevé el reciente Código Civil y Comercial argentino, que expresamente le da, a ese tipo de negocio, la denominación de “contrato” (Cfr. arts. 1666 y ss.)²⁸.

Sus características estructurales, de acuerdo con los expositores nacionales y extranjeros²⁹, entonces, no son otros que los siguientes:

i. Es un contrato real, por cuanto implica contraer la obligación de dar, para la transferencia de la plena titularidad del derecho real, mediado por la confianza.

²⁶ NIVARRA, Luca/RICCIUTTO, Vincenzo/SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Istituzioni di Diritto Privato*. Pág. 175.

²⁷ Sobre la caracterización de la fiducia o el fideicomiso como “contrato” o “convención”, vide, **en doctrina**: MEDINA PABÓN, Juan E. *Ob. cit.* Págs. 281-282; MUSTO, Néstor Jorge. *Ob. cit.* Págs. 367 y ss.; BATIZA, Rodolfo. *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*. Ed. Porrúa S.A. México. 1977. Págs. 35 y ss.; En **jurisprudencia**: CSJ SC del 24 de junio de 1953 (M.P. Gerardo Arias).

²⁸ Análisis pormenorizado y acucioso de la figura fideicomisaria en Derecho argentino en: MUSTO, Néstor Jorge. *Ob. cit.* Págs. 367 y ss; y en MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Ob. cit.* Ed. Ediar. Págs. 211-253.

²⁹ BARRAGÁN, Alfonso M. *Ob. cit.* Págs. 121-122; HINESTROSA FORERO, Fernando. *Ob. cit.* Págs. 610 y ss.; CARIOTA FERRARA, Luigi. *El Negocio Jurídico*. Trad. del italiano por Manuel Albadalejo. Ed. Aguilar. Madrid. 1956. Págs. 197 y ss. Y muchos más.

ii. La existencia de una obligación condicional mediante la cual el fiduciario acepta el mandato dado por el fiduciante para transferir el dominio, una vez, se cumpla la condición.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 793 del Código Civil, la propiedad fiduciaria es la que se tiene sobre una cosa, pero sometida a la eventualidad de tener que ser transmitida a otra persona, cuando se consolide la condición establecida en el negocio fiduciario, sea éste un testamento o un acto jurídico entre vivos.

Trátase, en todo caso, de una propiedad especialísima y peculiar,

“(...) que se caracteriza por un estado de comprensión de las facultades comunes, que afecta personalmente a su titular en cuanto al ejercicio de esas facultades, aceptada libremente por él y sometida en su duración a un plazo prefijado o a una condición prevista, por lo cual debe agregarse que es esencialmente temporal, que no está destinada a permanecer indefinidamente, como propiedad fiduciaria, pues tiene fatalmente un límite para su extinción”³⁰.

iii. Es un negocio jurídico **complejo**, integrado por dos actos diferentes, los cuales, no obstante, su independencia conceptual coexisten y se influyen recíprocamente. El primero, entre fiduciante y fiduciario, y, el segundo, entre fiduciario y fideicomisario. Ello no obsta para que, cuando se ejecute por vía testamentaria, luego, cuando se cumpla la condición, se surta el segundo negocio.

³⁰ BARRAGÁN, Alfonso M. *Ob. cit.* Pág. 123.

iv. El negocio fiduciario puede ser gratuito u oneroso.

Aun cuando comparte algunos elementos con la fiducia mercantil (art. 1226 del C. de Co.), con el albaceazgo fiduciario (art. 1368 del CC), y con los encargos fiduciarios (art. 29 del EOSF³¹), la propiedad fiduciaria tiene una identidad propia (arts. 794 y ss. del CC), por cuanto representa la concurrencia del derecho de propiedad con una obligación condicional, desplegando una operación triangular gratuita u onerosa³².

En efecto, ha dicho la jurisprudencia de esta Sala:

“Desde que el fideicomiso dejó de ser considerado como una institución esencialmente hereditaria, se concluyó, por varios autores, que no pugnaba con su esencia que pudiera constituirse a título oneroso. Ni el modo como se concibe y se aprecia en la época contemporánea el fideicomiso, ni la legislación colombiana, consideran de la esencia del fideicomiso que sea siempre gratuito; luego por establecerse o pactarse en forma onerosa no puede sostenerse ni concluirse que no exista, que sea inválido o ineficaz”³³.

No sobra recordar, “(...) las reglas sobre la eficacia de los actos jurídicos son inherentes a todos los contratos, incluso el llamado negocio fiduciario” (CSJ SC del 10 de octubre de 1963, M.P. Enrique López De la Pava); pero también lo son los principios, valores y derechos que irradian medularmente el sistema jurídico.

³¹ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

³² Que el fideicomiso pueda ser tanto gratuito como oneroso es tesis largamente aceptada por la doctrina nacional y por la jurisprudencia de esta Sala. Véanse: RODRIGUEZ PIÑEREZ, Eduardo. *Ob. cit.* Pág. 326; MEDINA PABÓN, Juan E. *Ob. cit.* Págs. 281-282. En **jurisprudencia**: CSJ SSC del 17 de agosto de 1944 (M.P. Liborio Escallón); del 18 de agosto de 1968 (M.P. Gustavo Fajardo).

³³ G.J. LVII, pág. 527.

2.3.3. De los requisitos de existencia generales y especiales en el negocio fiduciario civil

En el negocio jurídico fiduciario se requiere la presencia del elemento voluntad, el objeto jurídico y las solemnidades. Son tres sus elementos especiales básicos: la presencia de un elemento subjetivo, uno objetivo, y una condición.

El **primero** se refiere a la existencia de tres sujetos de derecho o intervinientes directos o indirectos: el constituyente, fideicomitente, transmitente o fiduciante, punto de partida por su calidad de propietario disponente, quien transfiere la propiedad a un segundo sujeto, denominado fiduciario o intermediario, el cual, una vez recibido el fideicomiso se convierte en dueño, poseedor o tenedor fiduciario, es la interpuesta persona que se obliga a transferir el dominio, una vez cumplida la condición, a un tercer sujeto, denominado fideicomisario. Este es el destinatario final o beneficiario, quien toma el carácter de acreedor real o potencial.

El **segundo** es el elemento objetivo, que corresponde a la propiedad o fideicomiso: la cosa sobre la cual se transfiere el derecho de dominio.

Finalmente, requiere la existencia de una condición, ante cuyo cumplimiento debe transferirse la propiedad al fideicomisario, materializándose la restitución (art. 794 CC).

Esta Corporación en fallo el 17 de agosto de 1944 (M.P. Liborio Escallón) dejó dicho:

“Los códigos modernos determinan y establecen los elementos esenciales del fideicomiso, que son los siguientes: bienes que sean susceptibles de constituirse en fideicomiso; existencia de dos personas, fiduciario y fideicomisario, y existencia de una condición en virtud de la cual la propiedad pasa del fiduciario al fideicomisario (...).”

2.3.4. Disciplina general del fideicomiso en el Derecho Civil colombiano

En este punto, se explicará la disciplina jurídica del fenómeno siguiendo los siguientes ejes temáticos: **(a)** las partes; **(b)** el objeto de la propiedad fiduciaria; y **(c)** modos de constitución del fideicomiso.

Las partes. Por regla general en el fideicomiso intervienen tres personas: **(i)** una llamada por el Código (arts. 802 y 803) constituyente (y, por los expositores, fiduciante o fideicomitente) quien por testamento o por acto entre vivos, trasfiere a otra persona el derecho de propiedad sobre una cosa, con la obligación impuesta por aquella de transmitirlo a otra, cuando se realice la condición prevista en el acto de constitución; **(ii)** otro sujeto de derecho, denominado genéricamente propietario fiduciario o simplemente fiduciario, quien acepta la transmisión del dominio en forma condicional, en esas circunstancias particulares y asume, por su propia voluntad, la obligación de transmitir ese derecho cuando la condición prevista se realice; y **(iii)** finalmente, uno tercero, denominado beneficiario, quien no

participa en el negocio constitutivo del fideicomiso (o fideicomisario), pero a quien le será transmitida la propiedad por el fiduciario cuando el suceso previsto a título de condición se verifique.

Ahora, si el fideicomiso no comporta el traslado del dominio de su titular al fiduciario (art. 807 CC), dicho pacto no pasa de ser un gravamen a la propiedad de aquél, del cual no surge un derecho diferente para éste.

Por ello, en el sistema moderno, son tres los intervinientes en la fiducia:

“a) El constituyente, que es la persona que dispone de una cosa en favor de otra, a quien grava con la obligación de restituirla a un tercero o a él mismo si se verifica una condición. ‘La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución’ (art. 794 in fine C.C.); b) El fiduciario, quien es el que recibe la cosa con el onus de restituirla, y c) El fideicomisario, que es la persona a quien si se cumple la condición debe hacerse la restitución, esto es, el traslado de la propiedad que recibió primeramente el fiduciario”³⁴.

Con maestría lo dedujo Don Andrés Bello, cuando expresó: “[e]n todo fideicomiso se deben distinguir tres personas: el fideicomitente que lo deja; el fiduciario que lo recibe con encargo de restituirlo, y el fideicomisario a quien se restituye”³⁵.

³⁴ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *La Fiducia Mercantil Pública en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998. Pág. 42.

³⁵ BELLO, Andrés. *Derecho Romano*. Ediciones del Ministerio de Educación. Caracas. 1959. Pág. 111.

Cual lo ha indicado la doctrina patria, en consecuencia, en el fideicomiso y, más aún, en el negocio fiduciario, es imprescindible la presencia de tres sujetos, a saber:

*“(...) a) **El constituyente**, que es la persona que dispone de una cosa en favor de otra, a quien grava con la obligación de restituirla a un tercero o a él mismo si se verifica una condición. ‘La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución’ (art. 794 in fine C.C.); b) **El fiduciario**, quien es el que recibe la cosa con el onus de restituirla, y c) **El fideicomisario**, que es la persona a quien si se cumple la condición debe hacerse la restitución, esto es, el traslado de la propiedad que recibió primeramente el fiduciario”³⁶ (Resaltos para destacar).*

La Sala de Casación Civil ha sido enfática en identificarlos:

*“De acuerdo con textos legales, en el fideicomiso interviene o deben intervenir tres personas: **el constituyente**, dueño de la cosa que se va a comprometer en la operación; **el fiduciario**, en el cual se deposita la confianza plena y quien recibe la cosa con un gravamen de restitución; y el **fideicomisario**, a quien se debe hacer la restitución. Por eso dice el Código Civil que la propiedad fiduciaria es la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, que la constitución de esa propiedad se llama fideicomiso y que la translación del fideicomiso a la persona favorecida con él se llama restitución (artículo 794).*

“Claro está, pues, que sin éstas tres intervenciones no podía o puede haber fideicomiso, estrictamente. Sobre todo, es de la esencia de la institución la presencia del fiduciario, en cuyas manos se debe tener la cosa, y del fideicomisario, a quien se le ha de entregar cumplida cierta condición, pero sin que ello quiera decir que en fideicomiso haya un doble derecho de propiedad; solo hay uno ejercido sucesivamente por el fiduciario y el fideicomisario” (CSJ SC del 24 de junio de 1953, M.P. Gerardo Arias).

El objeto. El artículo 795 del Código Civil, por otra parte, se ocupa de regular las cosas sobre las cuales puede

³⁶ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998. Pág. 42.

constituirse la propiedad fiduciaria; éstas son, en suma, **(i)** la totalidad de una herencia; **(ii)** una cuota de la herencia; y **(iii)** uno o más cuerpos ciertos.

En lo atañadero a sus **modos de constitución**, dispone el canon 796 *ibídem* que el fideicomiso puede nacer a la vida jurídica a través de dos negocios de diferente índole, a saber: **(i) acto entre vivos**, sometido a ciertas formalidades, como su otorgamiento mediante escritura pública (arts. 796 del C.C., en conc. con el 232 del D. 960 de 1970 y el 4 del D. 1579 de 2012); o **(ii) por testamento**, en cuyo caso sus requisitos de validez serán los mismos que para cualquier otro acto de dicha naturaleza.

En el caso de la escritura pública de la celebración del negocio jurídico como tal, detonante de la constitución de la propiedad fiduciaria civil, deben tenerse en cuenta, varias probabilidades, de ocurrencia, inclusive en la práctica nacional de los negocios notariales:

1. Que quien acude a celebrar el acto excepcionalmente es el constituyente, el cual ostenta directamente la doble calidad de fiduciante y de fiduciario, inclusive la de fideicomisario, subsidiario. **2.** La circunstancia que realmente, en coherencia con el sistema de los negocios jurídicos, más se aviene a la estructura de la fiducia civil, y de los negocios jurídicos intervivos, consistente en que se surta su constitución con la presencia del fiduciante o constituyente y, además, de un segundo convencionista, el fiduciario, quien recibe en su patrimonio

el derecho de dominio del fidecomiso, por parte del constituyente con la obligación de ejecutar el cumplimiento de la prestación de dar a favor del fideicomisario. **3.** Celebración del acto fiduciario por vía del testamento, que no es el caso debatido.

En estos términos es como puede entenderse la regla 8 del artículo 1678 del Código, cuando señala que son inembargables “8o.) *La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente*”.

En relación con la primera de las hipótesis señaladas, no cabe duda de que opera la embargabilidad, porque el constituyente es al mismo tiempo propietario y, a renglón seguido, es el mismo administrador o tenedor fiduciario o propietario fiduciario precario.

De tal modo que no ha transferido realmente el derecho de dominio, así la condición se halle registrada luego de otorgada la escritura pública pertinente.

Inclusive, desde la lógica natural, a partir del sentido común, en fin, no puede creerse que sea y no sea propietario al mismo tiempo o que se trate de personas diferentes y que por tanto no sea susceptible de medida cautelar la cosa fiduciada. Hipótesis análoga revisten las disposiciones testamentarias fiduciarias.

La protección de la inembargabilidad solo surge o puede surtir efectos jurídicos en la segunda de las hipótesis

arriba señaladas, evento en el cual el constituyente ha traído condicional y realmente el fideicomiso al fiduciario, como sujeto diferente, para que administre y ostente la tenencia del mismo.

Así sea esa transmisión con facultades dispositivas limitadas, en esa segunda hipótesis, si ha existido traslado real de la cosa, una vez cumplida la tradición temporal de la cosa, mientras se surte el cumplimiento de la condición.

Y, en este caso, cuando se promuevan acciones cautelares contra el constituyente por actos posteriores a la constitución de la fiducia civil, no proceden por cuanto, el constituyente cedió la propiedad.

3. Trasladando lo atrás expuesto al *subéxamine*, resulta lo siguiente:

3.1. El negocio llevado a cabo por los promotores carece de entidad jurídica

En lo atañadero al fideicomiso constituido respecto de los inmuebles embargados en el proceso ejecutivo sobre el cual versa el resguardo constitucional, los constituyentes, esto es, los propietarios del predio, mediante Escritura Pública 2061 de 21 de noviembre de 2011, pactaron que sólo en caso de ocurrir la condición, relativa a su deceso, operaría la transferencia de los predios. Así, indicaron:

“(...) [L]a restitución del fideicomiso, esto es, la traslación o transferencia de la propiedad sobre el (los) inmueble(s) por parte del fiduciario(s) y en favor de (los) fideicomisario(s) operará el día en que fallezca(n) el (los) constituyente(s) señor(a) Gladys Beatriz Gaitán de Gómez y Édgar Gómez Lucena, en cuyo caso se trasladará al (los) fideicomisario(s) la totalidad del dominio sobre el (los) bien(es) descritos (...)”.

Ese negocio jurídico fue inepto o incapaz para sacar o sustraer los bienes del patrimonio de los ejecutados, aquí accionantes.

Al confundirse, en el asunto puesto a consideración de la Sala, las calidades de constituyente y fiduciario, el negocio fiduciario no ha implicado el traslado de las cosas dadas en fiducia a un tercero, para que pueda reputarse que éste posee las cosas en fiducia, de tal modo que puedan resistir el embargo.

No hay negocio, porque éste es esencialmente bilateral, como atrás quedó explicado, y el del resguardo fue unilateral.

El precepto en cuestión señala como inembargable, únicamente, “[l]a propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente”, por no ser el propietario real o auténtico; de consiguiente, hácese necesario entender que si el propietario continúa inscrito como tal y ni materialmente ni jurídicamente ha transferido al fiduciario los bienes que pretende fideicomitir, el acto resulta meramente simbólico, intencional y abstracto, sin cumplimiento real, de tal modo que, de mantenerse la imposibilidad de ser cautelado cuando no se ha cedido, vacuo y absurdo resulta, ante el derecho, sostener la idea de la inembargabilidad, únicamente por la

voluntad de un fideicomitente que *motu proprio*, mediante un acto jurídico unilateral, lo celebró para beneficiarse de la regla cuestionada.

El derecho no puede amparar lo fingido, lo iluso, lo contrario a la verdad.

De ningún modo la cosa ha salido del patrimonio de los propietarios; y, por tanto, la protección se erigiría en medio para burlar las obligaciones con el simple acto de que cualquier persona otorgue una escritura pública, y diga que quiere dar en fideicomiso unos bienes, sin entregarlos jurídica ni realmente al fiduciario; significa que el constituyente mantiene en su propio patrimonio la propiedad en simultaneidad con la administración fiduciaria; pero apenas, haciéndolo inembargable con el único fin de ponerse a cubierto contra sus acreedores; acto a todas luces fraudulento que no puede ser amparado por los jueces del Estado Constitucional.

Nótese, en la fiducia civil, tratándose del evento en cuestión, hay un acto fiduciario análogo al simulado porque pueden coexistir: el constituyente como simulante, la interpuesta persona que en su condición de intermediario se llama fiduciario; el testaferro como destinatario final, mutado en dueño putativo.

Todos ellos pueden actuar, aparentemente, como verdaderos contratantes, ante terceros de buena fe; sin embargo, cuanto se exhibe es un acto falaz, motivo por el

cual no pueda dudarse que se trata de una hipótesis de simulación, contraria a la buena fe.

Traduce lo anterior que el fideicomiso debatido no comportó el traspaso de la propiedad a sujeto diferente y, por ende, los dueños continúan detentando los bienes raíces en su condición de tales, constatación que excluye la aplicación del numeral 8º del artículo 1677 del Código Civil, en tanto que la beneficiada con la fiducia no los “posee fiduciariamente”, cual expresamente lo exige esa disposición legal.

No reviste realmente la calidad de deudor fiduciario, sino de simple propietario real y deudor no fiduciario, porque en esta condición es mera apariencia.

Independientemente de que alrededor del negocio generador de esta queja pueda estructurarse una tesis contraria, forzoso resulta colegir la razonabilidad del análisis efectuado por la corporación accionada, sin que, por lo tanto, haya lugar a acceder a la tutela deprecada, pues no se vislumbra la violación de las garantías fundamentales de quienes intervienen en el memorado coercitivo.

El artículo 807 del Código Civil, lo mismo que el 749 del Código chileno, en sintonía con lo dispuesto en el canon 897 del *Proyecto de Código Civil* de Bello³⁷, permiten que en una misma persona confluyan las calidades de constituyente y de fiduciario.

³⁷ Vide: BELLO, Andrés. *Obras Completas. Tomo V. Proyecto de Código Civil. Tercer Tomo.* Editorial Nascimento. Santiago. 1932. Pág. 226.

No obstante, esa disposición debe entenderse en su sentido natural y lógico, es decir, dentro del marco y con ocasión de los fideicomisos constituidos a través de actos de última voluntad (testamentos), pues sólo en esas hipótesis puede hablarse de un negocio jurídico en cuya formación pueda concurrir un solo sujeto (*rectius*, acto unilateral).

El negocio fiduciario que da vida al fideicomiso y a la propiedad fiduciaria, es, se insiste, de naturaleza bilateral.

3.2. Al acto llevado a cabo le falta el elemento “confianza”, esencial y definitorio de cualquier negocio fiduciario.

Si la *fides* o confianza entre las partes que lo celebran es, como se vio, el fundamento de cualquier negocio fiduciario, a la par que su nota esencial, básica y definitiva, carece de juridicidad y de lógica sostener que si en una misma persona se confunden las calidades de constituyente y fiduciario pueda válidamente hablarse de la existencia de un acto de tal índole.

¿Confiaré en mí mismo para la consecución del fin perseguido, la transmisión de la propiedad, una vez verificada la condición?

Es elemental que allí, únicamente, existe una entelequia simulatoria, que triunfa gracias a una interpretación contraria a la supremacía constitucional, a la justicia, a los valores y a los principios.

Esta Corte, en sede de tutela halló razonable una situación análoga:

“El Tribunal demandado en su providencia aceptó que aunque en principio el bien objeto de fideicomiso podría reputarse inembargable, en realidad no lo es porque según los términos de la escritura pública, no están involucradas tres personas, como es lo habitual, sino dos: un constituyente o un fideicomitente, que se confunde con el fiduciario (propietario) y el fideicomisario. Para tal fin, hizo un recuento de las normas que regulan la posesión, el dominio o propiedad y la propiedad fiduciaria, para concluir:

“Así las cosas, puede inferirse que cuando la ley habla de objetos que se posean fiduciariamente o de propiedad fiduciaria, está haciendo alusión al fiduciario, aquella persona que es formalmente propietario, porque esa titularidad sobre el bien la tiene en forma transitoria, con cargo a pasarla o restituirla al tercero beneficiario o fideicomisario. En esa medida, el legislador quiso proteger esa condición, ese estado latente de la propiedad, prohibiendo su embargo, pues en realidad se posee el bien con la limitante de tenerlo que pasar a otra cumplida una condición y aunque puede disponer de él, queda de todos modos con la obligación de restituirlo.

“En cambio, en el asunto de esta litis, el constituyente o fideicomitente, nunca le hizo traslación del dominio sobre el bien a un fiduciario, con cargo a restituir el bien a un tercero beneficiario o fideicomisario, porque como reza la escritura pública, él mismo se reservó para sí la calidad de fiduciario, lo que significa que en verdad siguió siendo el propietario absoluto y así se desprende de la cláusula novena de la escritura de constitución del gravamen. (...) dicho de otra manera, por la Sala, dado que en el comandado Valencia Rincón, concurren las dos calidades, la de propietario pleno y la de fiduciario civil, no es esta la hipótesis que contemplan los artículos 684, numeral 13 del C.P.C. y 1677, numeral 8 del C.C., que se refieren, en su orden, a quien posea el objeto fiduciariamente y a la propiedad de objetos que el deudor posee fiduciariamente.

“Finalmente, si en gracia de la discusión, se llegara a pensar que de todas maneras al ejecutado ostentar la calidad de fiduciario, gozaría de la inembargabilidad del bien y no sería garantía general de todos los acreedores, por estarlo poseyendo, además de propietario, como fiduciario, debe precisarse que ante esa disyuntiva, debe estarse por la embargabilidad, pues no puede dejarse de lado que el mismo obedece a una acreencia laboral, que tiene su privilegio sobre otros créditos, estando por delante solamente las cosas judiciales, las expensas funerales necesarios del deudor difunto y los gastos de su última enfermedad (...) y con mayor en ese caso, en el cual la

fideicomisaria no cuenta con un derecho consolidado, sino con una mera expectativa de adquirir el inmueble cuando su titular fallezca.

“De acuerdo con lo anterior, la Corte no advierte arbitrariedad en las decisiones objeto de cuestionamiento ni que las mismas obedezcan a la voluntad subjetiva de los falladores o desconozcan las normas legales. La interpretación que se ha dado a la figura del fideicomiso y de la posible embargabilidad del bien objeto del mismo es razonable”³⁸.

3.3. Finalmente, salta patente que el acto aducido como fundamento de la fiducia es un negocio jurídico inexistente por carencia total de la voluntad jurídica del fiduciario, pues, tratándose de la fiducia civil, cuando surge y se celebra mediante un acto jurídico intervivos, debe revestir un carácter bilateral en su formación, con presencia, al menos, del fiduciante y del fiduciario, como sujetos reales ónticamente y diferentes entre sí.

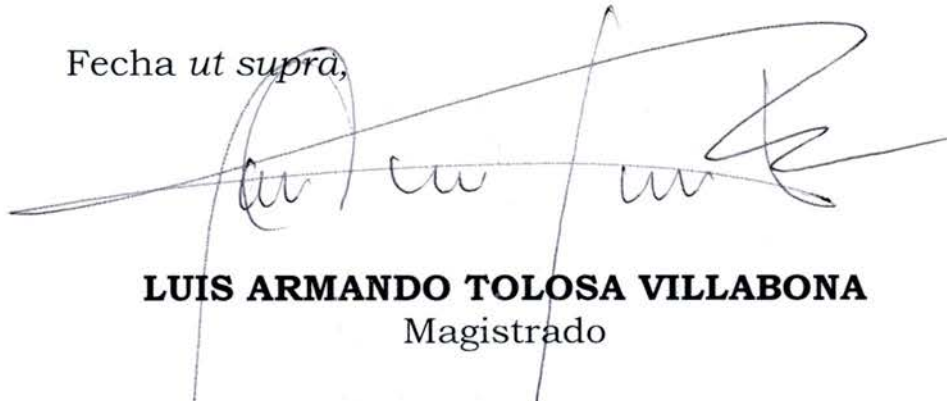
El título presentado como fuente del derecho fiduciario, en este caso, no es un acto testamentario, el cual, por esencia, es personalísimo, individual y unilateral, única forma pertinente para que tenga efectos después de sus días, de conformidad con el artículo 1055 del Código Civil, al estar prohibidos en nuestro ordenamiento los testamentos conjuntos; forma jurídica que, por naturaleza, sí permite la presencia de un único sujeto, por estar autorizado legalmente, por cuanto la memoria testamentaria sí es un verdadero acto jurídico individual y unilateral.

³⁸ CSJ. Sala de Casación Penal. Tutela Sent. 25430 de 09 de mayo de 2006 (M.P. Álvaro Orlando Pérez).

Por tanto, es necesario inferir que el negocio aducido, contentivo de una presunta constitución de propiedad fiduciaria, no puede tener alcances ni valor alguno, por ausencia de la voluntad del fiduciario al no haber estado presente como sujeto de derecho diferente al fiduciante, que le dé forma real a la constitución fiduciaria con eficacia jurídica, para que torne indemne la cosa frente a la cautela.

4. Con fundamento en lo expuesto dejo sustentada mi discrepancia en relación con el fallo de la referencia.

Fecha *ut supra*,



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado