



Pontificia Universidad  
**JAVERIANA**  
Cali

**LA INEMBARGABILIDAD DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA CIVIL ANTE LA  
DOBLE CALIDAD DE FIDEICOMITENTE Y FIDUCIARIO EN UNA MISMA  
PERSONA**

Monografía para optar por el título de Abogada  
-formato revista indexada-

**Olga Tatiana Holguín Galindo**

Directora de Trabajo de Grado: María Alejandra Arévalo Moscoso

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI  
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES  
CARRERA DE DERECHO  
CALI – VALLE  
2019**

# ANÁLISIS SOBRE LA INEMBARGABILIDAD O EMBARGABILIDAD DEL FIDEICOMISO CIVIL EN COLOMBIA ANTE LA PRESENCIA DE LA DOBLE CALIDAD DE FIDEICOMITENTE Y FIDUCIARIO SOBRE UNA MISMA PERSONA

*\*Olga Tatiana Holguín Galindo*

## **Resumen:**

El presente artículo se centra en la actual incertidumbre jurídica respecto de la fiducia civil y su característica esencial de inembargabilidad, especialmente cuando la calidad de fideicomitente y fiduciario recaen sobre una misma persona, generada tras la expedición del Código General del Proceso en el año 2012, que contempla la omisión expresa del carácter inembargable del fideicomiso. A partir de este contexto, el escrito presenta una descripción de las diferentes posturas emitidas por autoridades judiciales y administrativas sobre la materia; y, plantea una posición jurídica propia, a partir de los postulados planteados por Francisco Javier Ezquiaga, que acoge la característica de inembargabilidad de este instrumento jurídico.

***Palabras Claves:** Fideicomiso civil, inembargabilidad, embargabilidad, fraude a la ley y antinomia.*

## **Abstract:**

The present article has a focus in the current legal uncertainty regarding the civil Trust and its non-seizable nature, particularly when the quality of the trustor and fiduciary fall on the same person. The current legal uncertainty was generated after the expedition of the General Code of the Procedure in 2012, due to that code has an express omission of the non-seizable characteristic of the Trust. From this scenario, the present article shows a description of the different postures that were emitted by judicial and administrative authorities about the matter; furthermore, it proposes

an own legal position defending the non-seizable nature of Trust based on Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas postulates.

**Key Words:** *Trust, seizability, fraud to the law; antinomy.*

## **Introducción**

El fideicomiso civil en Colombia presenta una importancia en el entorno jurídico por cuando facilita, a través del encargo, la administración de bienes inembargables de manera transitoria y la restitución de los mismos a un beneficiario. El fideicomiso civil es utilizado en el campo jurídico para extraer del comercio determinados bienes que gozan de una protección especial que es la inembargabilidad. Una vez acaecida la condición que se establezca para tal fin, dichos bienes pasan a formar parte del patrimonio de un tercero beneficiario (Gutiérrez, 1998). Aunado a lo anterior, el fideicomiso civil es usado para conservar un patrimonio en el tiempo. Por ejemplo, en materia sucesoral, el fideicomiso le permite al fideicomitente determinar qué bienes y en qué porción se destinarán a sus herederos, teniendo en cuenta que no podrá contrariar las legítimas rigurosas, pues iría en contra de la ley y los derechos de sus herederos (Herrera y Pellegrini, 2016). Por otro lado, el fideicomiso civil también es utilizado para conservar el patrimonio familiar por varias generaciones, pues el fideicomitente deposita su confianza en un fiduciario amigo o familiar para que este administre por determinado tiempo, de manera correcta y con ciertas especificaciones una universalidad de bienes. Posteriormente, dichos bienes se transfieren a uno o más beneficiarios familiares quienes podrán gozar de la propiedad fiduciaria en determinado momento, siendo así, estos permanecen por más tiempo en el patrimonio familiar (Martín, 2012).

El problema jurídico materia del presente escrito surge con el cambio de legislación en materia procesal, tras la derogación del Código de Procedimiento Civil con la expedición del Código General del Proceso que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2016. Anteriormente, el numeral 13 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil establecía la inembargabilidad de “*los objetos que posean fiduciariamente*”; empero, tras el cambio legislativo, el artículo 594 del Código General del Proceso señala “*Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales no se podrán embargar...*” y en sus dieciséis numerales y párrafo no hace referencia explícita ni tácita sobre los bienes sometidos a Fideicomiso.

Debido a lo anterior surgió un vacío normativo en lo relacionado con la inembargabilidad o embargabilidad de los bienes sometidos a fideicomiso civil, en tanto que la legislación procesal vigente no consagra el carácter inembargable de la propiedad fiduciaria. Así, a partir de la anterior modificación, en la actualidad se ha presentado una discusión jurídica respecto a los siguientes interrogantes: **1)** ¿El artículo 594 del Código General del Proceso contiene una lista taxativa de los bienes inembargables?; y, **2)** ¿El artículo 594 del Código General del Proceso deroga el numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil el cual enuncia entre los bienes inembargables “*la propiedad de los objetos que el deudor posea fiduciariamente*”?

La inseguridad jurídica enunciada ha dado lugar al surgimiento de tres posturas; la primera establece el carácter embargable de la propiedad fiduciaria; la segunda ratifica la inembargabilidad de los bienes sometidos a fideicomiso civil, fortaleciendo y vigorizando la vigencia del numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil; y por último, la tercera postura indica la importancia de analizar cada caso en particular para determinar la embargabilidad o no de los bienes del fideicomiso, cuando en una persona concurre la doble calidad de fideicomitente y fiduciario. Esta diversidad de

posturas y la falta de unanimidad al respecto de la embargabilidad o no de la fiducia civil, es objeto de investigación en el presente artículo, al presentarse una falta de claridad en la normatividad aplicable al caso en concreto, o en otras palabras, un vacío jurídico por una dificultad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Estos problemas de vacíos jurídicos, antinomias y dificultades de aplicación de la Ley en el ordenamiento jurídico, han sido tratadas por autores como Moreso (2006), quien resalta que la aplicación del derecho debe ser motivado en normas jurídicas que se plasman en una sentencia, pero en el proceso argumentativo se pueden encontrar contratiempos que afecten las premisas normativas, es decir, cuando surge la dificultad de determinar la norma aplicable y se descubren problemas de interpretación en sentido estricto. Específicamente, el autor reitera que las antinomias hacen presencia en los ordenamientos jurídicos, entendido esto cuando dos normas concurren en un sistema pero no pueden aplicarse simultáneamente, por lo cual se deben utilizar los criterios tradicionales que son: “*lex posterior derogat priori, lex superior derogat inferiori y lex specialis derogat generali*” los cuales serán analizados más adelante en el presente escrito. En igual sentido, García (2017) sostiene que las antinomias son contradicciones lógicas que ubican al jurista en un problema pragmático en el cual debe decidir qué norma prevalece en el sistema jurídico, y como consecuencia a esto se debe desentrañar el contenido de las normas aplicando los criterios de jerarquía, temporalidad y competencia, y de no lograrse la solución, se debe de corregir esta incompatibilidad a través del análisis de la esencia ontológica o de la naturaleza jurídica de la institución en cuestión.

Al respecto, el autor Ezquiaga Ganuzas, desarrolla los principios de interpretación y los mecanismos para solucionar antinomias, vacíos jurídicos y demás dificultades que se encuentren

en el ordenamiento jurídico que sean contradictorias o no presenten claridad al momento de aplicarlas a través del argumento sistemático en sentido estricto, el cual se fundamenta en otorgar sentido a determinada norma teniendo en cuenta el sistema jurídico al que pertenece con la aplicación de los principios de coherencia y consistencia de normas. Así, el contexto de la norma es primordial para atribuir sentido a la misma (Ezquiaga, 2008).

En línea con lo anterior, el presente trabajo tiene como objeto desarrollar la siguiente pregunta de investigación: *¿Cómo solucionar la actual divergencia entre posturas sobre la inembargabilidad del fideicomiso civil en Colombia cuando las calidades del fideicomitente y fiduciario recaen sobre la misma persona, a partir del argumento sistemático de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas?*

El desarrollo de la presente pregunta de investigación se abordará desde la metodología deductiva y usará como método de investigación la teoría de Ezquiaga Ganuzas. El documento se divide en los siguientes acápites: en un primer momento se identificarán las generalidades del fideicomiso civil con especial énfasis en los efectos jurídico-tributarios sobre los bienes sometidos a esta figura; en un segundo momento se identificarán las posturas divergentes sobre la embargabilidad del fideicomiso civil en Colombia; en un tercer momento se planteará una solución a la divergencia en materia de embargabilidad del fideicomiso civil cuando las calidades de fideicomitente y fiduciario recaen sobre la misma persona a partir del argumento sistemático planteado por Ezquiaga Ganuzas , y como argumentos complementarios se presentará un análisis de derecho comparado con Chile y Ecuador, así como una analogía con otros mecanismos propuestos por el legislador colombiano para protección a terceros. Finalmente, se señalarán algunas conclusiones y recomendaciones.

## **1. De las generalidades del fideicomiso civil y los efectos jurídico- tributarios sobre la propiedad fiduciaria.**

En la legislación colombiana, el fideicomiso civil fue introducido por Andrés Bello con la creación del Código Civil Colombiano, adaptación del Código Civil Chileno que fue acogido en Colombia mediante la ley 57 de 1887, y que entró en vigencia el 15 de abril del mismo año. La fiducia fue incorporada en el Código Civil como una limitación al derecho de dominio, en el Título VIII del Capítulo II del mismo código (Lascales, 2005).

En el fideicomiso civil se hacen presentes los siguientes tres sujetos, cada uno con específicas calidades, derechos y obligaciones: El fiduciante, fideicomitente o constituyente, es aquella persona que afecta el dominio de determinados bienes con el objetivo de transferirlos y hacer entrega de ellos al fiduciario, para que este último administre de forma temporal dichos bienes, ya sea a través de un encargo que puede tener un origen contractual o testamentario, para ser entregados cumpliéndose la condición estipulada, al fideicomisario o beneficiario (Garrido y Zago, 2006).

Bonivento (2009) se refiere al fiduciante como la persona que transfiere uno o más bienes determinados a otra persona conocida como fiduciario. En este entendido el fiduciante es la persona que da origen al fideicomiso. Su voluntad de creación es estrictamente necesaria para dar nacimiento a la propiedad fiduciaria, ya que establece los lineamientos contractuales y fija la condición, la cual se debe entender como un acontecimiento que puede o no ocurrir. El fideicomitente tiene como principales facultades: 1) Precisar el objeto del fideicomiso, esto es la

finalidad de la constitución de la propiedad fiduciaria de manera unívoca (Bonivento, 2009); 2) La designación del fiduciario y fideicomisario, quienes podrán ser una persona física o jurídica (Kiper y Lisoprawski, 2003); 3) La potestad de vigilar el cumplimiento de las obligaciones del fiduciario, removerlo si es necesario, requerir la rendición de cuentas y demás explicaciones de inconvenientes si llegaren a surgir (Beteta, 1982); y, 4) Requerir la retransmisión de los bienes fideicomitidos. Cabe resaltar que cuando el fideicomitente ostenta a su vez la calidad de beneficiario, tiene la facultad de solicitar al fiduciario que devuelva la propiedad de los bienes objeto de la propiedad fiduciaria a este junto con sus frutos, una vez cumplida la condición, tal como lo dispone el artículo 794 del Código Civil.

El segundo sujeto interviniente es el fiduciario. La Corte Constitucional en sentencia C- 046 de 2017 definió el fiduciario como: “(...) *la persona a quien se encomienda la propiedad hasta tanto se verifica el cumplimiento de la condición, momento en el cual debe restituirla al beneficiario del Fideicomiso*”. Rengifo (2001) hace la aclaración que mientras no se haya perfeccionado la condición, el propietario pleno de los bienes sujetos a fideicomiso es el fiduciario, siendo así, esto se traduce en que el beneficiario tendrá una simple expectativa, la cual se transformará en derecho cuando se cumpla la condición establecida por el fideicomitente.

La designación del fiduciario basa su esencia en la confianza, puesto que este hace las veces de un administrador de bienes que, si bien están en su patrimonio, no le son propios, ya que los posee y dispone de estos transitoriamente. Al ser la confianza un elemento vital en esta calidad, debe el fiduciario en todo momento actuar con prudencia y diligencia que tendría un buen hombre de negocios (Claro, 1946). En palabras de Estrada (2010): “*las facultades del fiduciario dependen en su extensión del encargo y se limitan a la realización de actos necesarios para la correcta*



*ejecución del mismo. Por tanto, dependiendo del tipo de encargo, podrá o no tener el fiduciario la facultad de disponer de los bienes... ”. Pudiéndose concluir que sí bien no pueden enlistarse todas las obligaciones que tiene el fiduciario, se entiende que podrá realizar todas aquellas actividades que sean necesarias para cumplir a cabalidad con la administración del encargo encomendado.*

El tercer sujeto es el beneficiario o fideicomisario, que es aquella o aquellas personas nombradas por el constituyente, y que tiene una expectativa de derecho sobre los bienes fideicomitidos, los cuales pasarán a su propiedad una vez sea verificada la condición por parte del fiduciario. El Código Civil en su artículo 799 consagra que: *“el Fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario o sustituto, a la época de la restitución...”*. Entendiéndose de esto, que de no realizar el constituyente la designación del beneficiario, no existiría fideicomiso. Esto no debe confundirse con la excepción que plantea el mismo Código en su artículo 798, el cual dictamina que puede designarse un fideicomisario que no exista al momento de la constitución de la propiedad fiduciaria, pero que se espera que exista en el momento en que deba ser restituido el bien sometido a fideicomiso.

Al respecto de las características del fideicomiso, se destaca que este puede ser unilateral o bilateral; es un acto solemne, según el artículo 796 del Código Civil puede constituirse a través de un contrato o acto testamentario otorgado en instrumento público (Rodríguez, 2005). Es de ejecución instantánea, ya que la obligación principal, que se materializa con la restitución de los bienes fideicomitidos al beneficiario se ejecuta y satisface en un mismo acto. Este puede llegar a ser oneroso o gratuito. Una particularidad especial radica en que el fideicomiso es *intuitu personae*, en el entendido que la confianza es un elemento determinante para designar al fiduciario la administración del encargo y la ejecución de acciones pertinentes para la restitución de los bienes

fideicomitidos al respectivo beneficiario. Las cualidades y particularidades del fiduciario hacen que este mismo ostente su calidad (Lascales, 2005).

Ahora bien, del fideicomiso civil se desprenden una serie de efectos jurídicos que caracterizan esta figura y la hacen particularmente beneficiosa para ciertas finalidades, por ejemplo, para la eliminación de los procesos de sucesión cuando en el fideicomiso se utiliza como condición el fallecimiento del constituyente. Asimismo, la figura aporta beneficios tributarios evidentes, dado que como lo que se realiza es una limitación al dominio esta no tiene cuantía, ni se reputa como una venta o ingreso gravable.

Enfatizando el análisis de los efectos jurídicos del fideicomiso sobre los bienes sujetos a este instrumento, en términos de Hayzus (2004) *“los bienes quedan amparados por un régimen de administración conforme a su naturaleza y destino previsto, hallándose el titular sujeto a obligaciones derivadas del motivo y de la índole de la gestión que le ha sido encomendada”*.

Según Arteaga (1999), la propiedad fiduciaria debe ser restituida en la eventualidad en que se cumpla la condición que estableció el constituyente, y esto no puede ser impedido por un suceso ajeno. Si bien los bienes fideicomitidos entran a hacer parte del patrimonio del fiduciario, a su vez esto constituye para él un pasivo eventual, ya que de presentarse su fallecimiento, insolvencia o cesación de pagos, los bienes fideicomitidos configuran una deuda que repercute sobre la masa sucesoral mientras se cumple la condición y se deba transferir al beneficiario.

Una vez cumplida la condición fijada en el fideicomiso, los efectos se retrotraen al momento en que nació dicho derecho, a causa de esto se entiende que el beneficiario fue dueño desde el

momento en que el fideicomitente transfirió el dominio de los bienes fideicomitidos al fiduciario. Un ejemplo de este efecto retroactivo de la fiducia civil lo plasma Medina (2014), en el cual una mujer fue nombrada beneficiaria en un fideicomiso civil antes de contraer matrimonio, posteriormente el bien le es restituido cuando tenía ya sociedad conyugal vigente. La beneficiaria se reputa dueña no desde el momento en que recibió el bien, sino desde que fue nombrada como beneficiaria, una vez ya se ha cumplido la condición, puesto que el efecto se retrotrae *de iure* al instante en que se originó el derecho.

Adicionalmente, Claro (1946) sintetiza el presente efecto así:

(...) no hay transferencia de dominio del fiduciario al fideicomisario; sino una extinción o resolución de la propiedad fiduciaria y substitución de ella por la propiedad absoluta del fideicomisario, quien la recibe del constituyente oblicuamente por el canal del fiduciario, según la expresión tradicional (p. 67).

Los bienes del fideicomitente son transferidos al patrimonio del fiduciario para que este los administre y verifique la condición para restituir en el tiempo y modalidad establecida, si hay bienes muebles debe hacerse una entrega material y si recae sobre inmuebles el debido registro de los mismos (Arteaga, 1999).

Uno de los efectos jurídicos más importantes del Fideicomiso, objeto de especial estudio en el presente trabajo radica en lo establecido en el artículo 1677 en su numeral 8 del Código Civil, el cual estipula que son inembargables: “*La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente*”. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 2004-00110 de 2008 se ha pronunciado indicando que el acreedor tiene la facultad legal de

perseguir los bienes del patrimonio de su deudor tal como lo dispone el artículo 2488 del Código Civil, el cual establece que serán perseguidos todos los bienes del deudor bien sea muebles o inmuebles, presentes o futuros, salvo los no embargables contenidos en el artículo 1677 del Código Civil, siendo así, limita la persecución y reconoce la inembargabilidad de los bienes del último artículo citado.

De igual manera, es fundamental comprender que los inmuebles sometidos a fiducia están sujetos a condición resolutoria, siendo así, estos bienes se entienden inembargables, pues la propiedad que ostenta el fiduciario es interina, no definitiva, por lo cual permitir el embargo sobre dichos bienes sería burlar el derecho del fideicomisario, por ende, es fundamental distinguir dos etapas, la primera que es antes del cumplimiento de la condición y la segunda la posterior al cumplimiento de la misma, pues en la primera etapa el bien es inembargable y en la segunda no lo es (Lizarralde, 1994).

De lo anterior, resulta necesario analizar el tratamiento tributario de esta figura y los efectos tributarios sobre los bienes sometidos a fideicomiso. Sobre este punto, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en concepto No. 009255 del 14 de febrero de 2002, indicó que recae en cabeza del fiduciario la obligación de declarar los bienes y los ingresos que se originen del fideicomiso civil, en el entendido de que, el fiduciario al ostentar la propiedad y posesión de dichos bienes mientras pende la condición es el beneficiario de los ingresos o frutos que los bienes sometidos a fideicomiso producen. Por consiguiente, precisa la entidad que *“por regla general los bienes y rentas deben ser denunciados en la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del fiduciario”*.

A excepción de lo anterior, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en el citado concepto indicó que sí los frutos producidos por los bienes sometidos a fideicomiso civil los percibe el fideicomisario, deberá este incluirlos en su declaración de renta.

En otro aspecto, señala la entidad en Concepto No. 2044 del 29 de diciembre de 2017, que respecto a la ganancia ocasional, una vez se perfecciona la propiedad fiduciaria en el fiduciario con la escritura pública, *“este debe declarar en el año respectivo, la correspondiente ganancia ocasional, teniendo en cuenta del valor de los bienes respectivos a 31 de diciembre del año anterior a la celebración del Fideicomiso”*. Como consecuencia de esto, en los años siguientes los bienes que fueron declarados como ganancia ocasional, deben incorporarse en el patrimonio del fiduciario, lo cual repercutirá en la determinación del patrimonio líquido, afectando la renta presuntiva y finalmente se determinará el impuesto a cargo.

Concluido el estudio anterior el cual permite comprender el fideicomiso civil de manera general, se procederá a evidenciar el problema jurídico materia del presente escrito a través de la presentación y análisis de las diversas posturas que se han originado con el cambio legislativo que surgió con la expedición del Código General del Proceso.

## **2. Discrepancias sobre la inembargabilidad de los bienes sometidos a fideicomiso civil: diversas posturas**

Con la expedición y entrada en vigencia del Código General del Proceso se derogó el Código de Procedimiento Civil, como consecuencia de este cambio legislativo surge el problema jurídico materia del presente escrito, puesto que, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 684

enlistaba los bienes inembargables y precisamente en su numeral 13 los bienes que el deudor poseía fiduciariamente, es decir, atribuía inembargabilidad a los bienes sometidos a fideicomiso civil, al igual que el numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil. Posteriormente, el artículo 594 del Código General del Proceso realiza una nueva lista sobre los bienes inembargables, sin hacer mención acerca de la propiedad fiduciaria, lo cual, hasta el día de hoy ha llevado a diferentes doctrinantes y jueces a enfrentarse a una inseguridad jurídica, en el entendido que se desconoce si el referido artículo del Código Civil permanece vigente o fue derogado tácitamente por el Código General del Proceso y si su artículo 594 contiene una lista taxativa de bienes inembargables.

Para evidenciar el problema jurídico objeto de estudio, a continuación se describirán las diferentes posturas de la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Registro y Notariado al respecto, así como los casos analizados por los jueces y magistrados de la República y sus fundamentos jurídicos que han tratado de dar solución a la discrepancia descrita.<sup>1</sup>

La Superintendencia de Sociedades a través de Oficio No. 220-111308 el 31 de mayo de 2017, resaltó la viabilidad de practicar medidas de embargo y secuestro en procesos ejecutivos por el incumplimiento de las obligaciones principales garantizadas con los gravámenes hipotecarios o mobiliarios sobre el fideicomiso civil.

Estimó la entidad que el artículo 1004 del Código Judicial adicionó la lista de bienes inembargables al artículo 1677 del Código Civil, ocurriendo una subrogación cuando se expide el Código de Procedimiento Civil, que posteriormente es derogado por el Código General del Proceso, infiriendo

---

<sup>1</sup> La Jurisprudencia recopilada en el presente trabajo es la emitida hasta el momento por la Rama Judicial, sin que existan otros pronunciamientos públicos sobre el tema.

que la normatividad vigente es el artículo 594 del Código General del Proceso que no considera la propiedad fiduciaria inembargable.

En cuanto a la expresión: “*además de los bienes inembargables de conformidad con las leyes especiales, no podrán embargarse (...)*”. La Superintendencia expresó que no puede entenderse dentro de este enunciado el numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil, pues considera que dicho numeral no es especial y que solo la inembargabilidad era consagrada en el Código de Procedimiento Civil. Refuerza su posición expresando que el artículo 1677 del Código Civil no regula la propiedad fiduciaria específicamente, sino el pago por cesión de bienes. Por último, vigoriza su planteamiento indicando que no aplica sobre la expresión ya citada el artículo 1677, puesto que cuando entró en vigencia el Código General del Proceso, dicho artículo ya había sido derogado como se indicó anteriormente por el Código de Procedimiento Civil.

No obstante lo anterior, la entidad realizó un análisis para el caso en que hipotéticamente la propiedad fiduciaria no fuera susceptible de ser embargada, y precisó que la inembargabilidad de los bienes no es absoluta, en el entendido que, no podrá utilizarse para desconocer la ley, defraudar a terceros o afectar la prenda general de los acreedores. Finalmente, la Superintendencia denotó que cada juez deberá analizar el caso en concreto para determinar sin el desconocimiento de las normas legales si es procedente o no las medidas de embargo y secuestro respecto de bienes fideicomitidos.

Por otro lado, la Superintendencia de Notariado y Registro al reconocer el problema jurídico que surge por el cambio de legislación, respondió a la necesidad de manifestarse al respecto y emitió dos instrucciones administrativas sobre el particular.

El primer pronunciamiento fue emitido el 15 de marzo de 2017 a través de La Instrucción Administrativa No. 06. En esta, el Superintendente de Notariado y Registro comunicó a los registradores de Instrumentos Públicos, que el numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil es lo suficientemente claro en cuanto a la inembargabilidad de los bienes que posee fiduciariamente el deudor. Igualmente, hizo hincapié en que dicho numeral no ha sido derogado de forma expresa ni tácita por otra disposición, por lo cual dichos bienes objeto de la fiducia civil siguen siendo inembargables. Seguidamente, expuso que: “(...) *es muy importante resaltar que el legislador no contempló excepción alguna el carácter inembargable siempre y cuando se presenten todos los elementos constitutivos de la propiedad fiduciaria*”. Finaliza esta Instrucción ordenando a todos los registradores de Instrumentos Públicos que apliquen de forma estricta las normas transcritas, es decir, las referentes al fideicomiso, propiedad fiduciaria y el numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil, recalcando que dicha instrucción administrativa deroga cualquier otra instrucción o concepto que le sea contraria.

El segundo pronunciamiento se profirió el 15 de agosto de 2018, en el cual el Superintendente de Notariado y Registro emitió la Instrucción Administrativa 19 de 2018 modificando la anterior ya citada. Reconociendo que hay una discrepancia de criterios en las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos referente al tema de solicitud de inscripción de medidas cautelares de embargo sobre bienes inmuebles que se encuentren bajo el régimen de propiedad fiduciaria.

En la Instrucción Administrativa modificatoria sostuvo que la única persona que puede ser entendida como deudor, es el fiduciario, en razón de que no puede disponer del bien sino hasta que se cumpla la condición y exclusivamente encaminado a favor del beneficiario. Por otra parte,



enfaticó que si son susceptibles de la medida cautelar de embargo los bienes que estén en cabeza del propietario fiduciario cuando este sea propietario pleno, es decir, que quien constituyó la fiducia civil se haya reservado la calidad de fiduciario, en el entendido de que el bien nunca salió de su patrimonio, por ende, es prenda general de las obligaciones respecto de sus acreedores, tal como lo afirma el artículo 2488 del Código Civil. Para terminar, se ordena que deberán inscribirse las solicitudes de medidas cautelares de embargo sobre bienes sometidos a propiedad fiduciaria cuando *“recaen sobre el derecho real de dominio y no sobre la propiedad fiduciaria”*.

En contraste a lo anterior, la jurisprudencia reciente también se ha pronunciado sobre el debate referente a la inembargabilidad o no de los bienes sometidos a propiedad fiduciaria cuando el fideicomitente y fiduciario recaen sobre la misma persona.

Uno de los primeros antecedentes de la procedencia de la embargabilidad referida, surge con el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia T-25430 del 9 de mayo de 2006 de la Sala de Casación Penal en el cual el Tribunal demandado manifiesta que en principio, un bien sometido a fideicomiso civil es inembargable, pero excepcionalmente cuando el fideicomitente se confunde con el fiduciario es procedente el embargo. Sustenta esto en que, cuando la misma persona ostenta ambas calidades nunca hay una traslación del dominio de los bienes objeto de la propiedad fiduciaria, lo cual significa que el fideicomitente siguió siendo el propietario absoluto y que esta no es la situación contenida en el numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil ni la del numeral 13 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil. En el caso citado, la Corte finaliza argumentando que por tratarse de una acreencia laboral, hay privilegio de crédito y se mantiene el embargo de la propiedad fiduciaria.

Más adelante, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 7916 del 21 de junio de 2018 de la Sala de Casación Civil, analizó el caso de un accionante quien se constituyó propietario fiduciario de un inmueble que posteriormente fue objeto de medida cautelar. En junio 5 de 2013 el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá procedió a embargar dicho inmueble, por consiguiente, se instó el levantamiento de la medida, y al ser denegada, se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. El tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín al analizar el caso consideró que, al expedirse el Código General del Proceso y no incluir en su lista de bienes inembargables la propiedad fiduciaria, repercute en que dichos bienes pierdan su carácter de inembargable. En mérito a dichas consideraciones, el accionante presentó recurso de casación contra las decisiones de la Sala de Casación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y contra el Juzgado Tercero de Ejecución del Circuito de Medellín, por considerar vulneraciones a su derecho fundamental al debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en sus consideraciones realizó un primer razonamiento sobre la posibilidad de que los bienes sometidos a fideicomiso civil sean embargables. Para desarrollar esta hipótesis, el Tribunal principió por un recorrido normativo a partir de la Ley 105 de 1931 que consideraba los bienes materia de controversias inembargables, tal como lo hacía el Código Civil. Posteriormente, recordó que el Código de Procedimiento Civil derogó la Ley 105 de 1931 y con ella el artículo 1677 del Código Civil, pero consagrando la inembargabilidad en el Código de Procedimiento Civil, y al ser derogado este último código por el Código General del Proceso que no incluye en los bienes inembargables los bienes poseídos fiduciariamente, concluyó que se pierde completamente la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria.

En conclusión, para la Corte los inmuebles son embargables porque el fideicomitente también ostentaba la calidad de fiduciario, lo cual se refleja en que la relación material que tiene con el inmueble nunca haya variado, entendiéndose que siempre ha tenido la propiedad plena de los inmuebles, y la inembargabilidad solo reza sobre los bienes que se posean fiduciariamente. En su razonamiento, de permitirse la inembargabilidad sobre la propiedad fiduciaria, se da la posibilidad de que esta figura sea utilizada por deudores para insolventarse y seguir disfrutando de su patrimonio.

El segundo razonamiento realizado por la Sala, sostuvo la posibilidad de la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria, fundamentándose en la vigencia del numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil. Señalando que, el artículo 2488 del mismo código que se encuentra vigente hace referencia al carácter inembargable de los bienes designados en el artículo 1677 del código referenciado. Reforzó su razonamiento sosteniendo que la Ley 105 de 1931, el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso reconocen que las leyes especiales y la Constitución contienen bienes de carácter inembargable, descartándose la hipótesis que plantea que el Código General del Proceso contiene una lista taxativa sobre dichos bienes. Por otra parte, manifestó la entidad que no se consolidó una derogación tácita ni orgánica por el reconocimiento que realizaron los códigos ya enunciados sobre la existencia y consonancia con las leyes especiales.

Finalmente, la Corte se inclinó hacia su segundo razonamiento el cual plantea la inembargabilidad, resaltando el artículo 1380 del Código Civil que hace referencia a que *“las cosas dadas en consignación no podrán ser embargadas ni secuestradas por los acreedores del consignatario, ni formarán parte de la masa de la quiebra”* son inembargables y no pierden dicho carácter por no estar enlistados en el artículo 594 del Código General del Proceso. Finalmente,

concluye y ordena la Corte que debe el Tribunal Superior de Medellín decidir nuevamente sobre el caso concreto, tomando en cuenta los dos análisis realizados sobre la embargabilidad o inembargabilidad del fideicomiso, pues aludió esta entidad que cada caso trae consigo particularidades que deben ser examinadas y por consiguiente no puede ordenarse un sentido del fallo al Tribunal, pues es el juez natural quien debe resolver el caso concreto con un análisis exhaustivo.

Una vez apreciado lo anterior, se evidencia la ausencia de un consenso entre autoridades judiciales y administrativas respecto a la inembargabilidad o no del fideicomiso civil, en especial cuando el fideicomitente y fiduciario recaen en la misma persona. Lo anterior, genera incertidumbre jurídica en el sentido que, una persona no tendría la suficiente certeza de saber si al constituir un fideicomiso civil, su propiedad fiduciaria gozará o no de inembargabilidad, y en contraste a esto, un acreedor no sabrá si su deudor evadirá el pago de la obligación constituyendo un fideicomiso civil, o tendrá la seguridad de que podrá solicitar la medida cautelar de embargo sobre los bienes de dicha figura jurídica.

Por lo anteriormente expuesto, a continuación se presentará una solución frente a dicha incertidumbre jurídica, a partir del argumento sistemático del autor Ezquiaga Ganuzas.

### **3. La inembargabilidad del fideicomiso civil a partir del argumento sistemático de Ezquiaga Ganuzas**

Para plantear una solución propia al problema jurídico expuesto, se realizará un recuento de los pasos utilizados por Francisco Javier Ezquiaga para reconocer una antinomia, el tipo de antinomia,

aplicación de criterios de solución y finalmente la utilización del argumento sistemático en sentido estricto para dar solución a las normas que no son claras o que son incoherentes con otras del sistema jurídico, cuando los criterios tradicionales de solución de antinomias son insuficientes. Posteriormente, esta propuesta será complementada con un análisis de derecho comparado respectivamente con la legislación chilena y ecuatoriana, y finalmente se realizará una analogía con mecanismos de salvaguarda creados por el legislador para combatir el fraude a la ley y a terceros.

Francisco Javier Ezquiaga (2008) expone en su libro “La Argumentación en la Justicia Constitucional” el “*Argumento Sistemático en sentido estricto*” el cual es utilizado para finiquitar el problema de ciertas normas y preceptos que revelan incoherencias, vacíos o interpretaciones disyuntivas. La teoría del autor se sustenta en la vital importancia de comprender una norma jurídica junto con su sistema, es decir, bajo ninguna circunstancia una norma debe ser interpretada o aplicada de forma separada del contexto al que pertenece, ya que esta guarda una estrecha conexión con el sistema mismo.

Según el autor, el sistema jurídico no solo alberga normas, sino que este mismo brinda herramientas y entraña contenido que posibilita descifrar el significado de preceptos divergentes que se caracterizan por no ser claros e incoherentes. El sistema jurídico ostenta una lógica interna propia, pero esto no excluye que se presenten antinomias o la presencia de normas contradictorias reales o aparentes. En principio, deben utilizarse los criterios tradicionales para la solución de antinomias, y cuando estos criterios son insuficientes, entra el argumento sistemático en sentido estricto a cobrar fuerza y a ser utilizado como herramienta que atribuye significado a una norma teniendo en cuenta la conexión entrañable que ostenta esta con el sistema jurídico.

El argumento sistemático entendido de forma general, es aquella interpretación que se hace del sistema en la cual, se intenta otorgar a un enunciado dudoso, un significado determinado. Teniendo en cuenta el sistema jurídico al que pertenece, el argumento sistemático realiza un reenvío inmediato al concepto de sistema (Ezquiaga, 2008). Para su aplicación, como se refirió ex ante, se requiere un previo análisis de la existencia o no de antinomias, y su resolución fallida a través de criterios tradicionales, a partir de la siguiente secuencia planteada por el autor, que será aplicada al problema de investigación que atañe al presente documento.

El primer paso a seguir es la identificación de la existencia de una antinomia, siendo así, es pertinente precisar que el intérprete se encuentra ante una antinomia cuando de la lectura literal de dos enunciados deduce que ambas disposiciones son contradictorias y que a su vez pertenecen al mismo sistema jurídico, es decir, los dos enunciados no pueden aplicarse simultáneamente en el mismo ámbito, bien sea, temporal, espacial, personal o material (Ezquiaga, 2010). En el caso en concreto, las disposiciones que pueden aplicarse simultáneamente, y que generan divergencias en la interpretación de la inembargabilidad del fideicomiso civil son el Código General del Proceso y el Código Civil Colombiano.

El segundo paso es identificar qué tipo de antinomia se presenta, pues no todas las antinomias son iguales, presentan diversos grados y la incompatibilidad es de diversos aspectos. A grande escala tenemos antinomias: en cuanto a la extensión de la incompatibilidad normativa, impropias, empíricas, valorativas, las cuales a su vez se dividen en antinomias de principio, valoración y teleológicas. La antinomia que se evidencia en el problema jurídico ya indicado es la empírica. Esta antinomia se presenta cuando dos normas no son lógicamente incompatibles, pero no se

pueden aplicar de manera simultánea por imposibilidad fáctica, pues la segunda impide ejercer el permiso otorgado por la primera (Ezquiaga, 2010). Para el caso concreto, el Código Civil expresa el carácter de inembargable de la propiedad fiduciaria y permite la doble calidad de fideicomitente y fiduciario sobre una misma persona. Por otro lado, el Código General del Proceso no enuncia en el artículo 594 la propiedad fiduciaria como inembargable, lo cual genera duda sobre si la inembargabilidad subsiste o no.

El tercer paso a seguir luego de identificar qué tipo de antinomia se tiene es aplicar los criterios tradicionales para la solución de antinomias, al respecto Ezquiaga (2008) señala que:

La única forma de restaurar la coherencia del sistema y la racionalidad del legislador consistirá en aplicar una de las tres clásicas reglas para resolver las antinomias: los criterios jerárquico, cronológico y de la especialidad, directamente inspirados por el postulado del legislador racional. En efecto, si la norma superior prevalece sobre la inferior es porque el autor de la norma superior se le considera más racional que el autor de la norma inferior, si la norma posterior prima sobre la anterior es porque el legislador racional, que conoce todas las normas del ordenamiento ha querido regular de nuevo la materia e, implícitamente, ha derogado la anterior: y si la ley especial deroga a la general es porque el legislador, al regular un aspecto particular, y sin olvidar la regla general que contempla una previsión distinta, ha querido dar un trato diferente a esta hipótesis especial (p.90).

En el caso objeto de estudio y respecto del tercer paso propuesto, son aplicables tanto el criterio de especialidad como el cronológico, puesto que, en referencia al primero la propiedad fiduciaria está reglamentada en el Código Civil, el cual es una codificación especial referente a la materia

civil y de familia, siendo así, podría inferirse que por pertenecer y estar reglamentado de manera específica el fideicomiso civil en esta normativa y no en ninguna otra codificación o norma del sistema jurídico, se solucionaría a través del criterio de especialidad, pero igualmente, es aplicable el criterio cronológico, porque hay dos normas jerárquicamente iguales que son el Código Civil y el Código General del Proceso, donde este último es la normativa más reciente, pues a nivel nacional entró en vigencia en su totalidad en el año 2016, deduciéndose que el artículo 594 de esta codificación deroga tácitamente el artículo 1677 del Código Civil, entendiéndose que el legislador pretende que prevalezca la norma más reciente, es decir, el Código General del Proceso. Por otra parte, el criterio jerárquico no es aplicable, pues tanto el Código Civil como el Código General del Congreso son dos normas del mismo rango, ya que son leyes ordinarias y ninguna prevalece sobre la otra, siendo así del mismo nivel.

Una vez aplicados los criterios descritos en el aparte anterior a la discrepancia sobre la inembargabilidad o no del fideicomiso civil, se evidencia la existencia de una antinomia de segundo grado, al ser aplicables dos criterios tradicionales (Ezquiaga, 2010). Así, ya desarrollados y aplicados los pasos a seguir para el problema jurídico planteado en el presente escrito, se evidencia que el conflicto es de una difícil solución, en razón a que la antinomia no pudo ser resuelta con los criterios tradicionales, por ende, se debe recurrir a aplicar el argumento sistemático en sentido estricto. Este argumento es definido por Ezquiaga (2008) como:

Aquel que para la atribución de un significado a una disposición tiene en cuenta el contenido de otras normas o, empleando una expresión usual, su contexto jurídico. El fundamento de esta apelación y lo que justifica su empleo es, al igual que en el resto de los argumentos sistemáticos, la idea de que las normas forman un sistema que obtiene su coherencia del



diseño racional realizado por el legislador y de los principios que, como consecuencia de ser un producto racional, lo gobiernan (p. 172).

El argumento sistemático en sentido estricto permite otorgar significado a una disposición normativa en concreto a través del análisis que se hace del contexto al que pertenece esta misma, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico. Una vez realizado el estudio de interpretación indicado, se atribuirá a la disposición objeto de examen un significado que se interrelaciona con las demás normas y en función de estas, a través de diversos pasos planteados por el autor. Entendiéndose el contexto de la norma como aquel escenario en el cual los diversos preceptos normativos se relacionan entre sí y cada uno de estos se entiende en función de los demás. El problema para determinar el contexto reside en que este siempre es individualizado con la identidad de la materia a la que pertenece la norma o a una análoga, por esta razón, definir un contexto es una tarea difícil porque no hay precisión sobre cuál es el contexto de cierto precepto dentro de un ordenamiento jurídico (Ezquiaga, 2008).

Por consiguiente, el argumento sistemático en sentido estricto es escogido en el presente escrito para atribuir una solución a la problemática planteada, en el entendido de que el numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil establece como inembargable la propiedad fiduciaria, y por otra parte, el artículo 594 del Código General del Proceso en su lista de bienes inembargables no contempla la propiedad fiduciaria. Siendo así, primero debe determinarse si la propiedad fiduciaria sigue ostentando la característica de inembargabilidad o no, y posteriormente, si esta es aplicable al caso concreto cuando en una misma persona reposan las calidades de fideicomitente y fiduciario.

En este orden de ideas se procede a realizar la aplicación del argumento sistemático en sentido estricto al caso concreto de la siguiente manera: El artículo 1677 del Código Civil contiene un listado de bienes no embargables, en los cuales en el numeral 8 se encuentran los objetos que posee fiduciariamente el deudor, es decir, la propiedad fiduciaria. El artículo es claro y expreso al dictaminar “*no son embargables...*”. Igualmente, es fundamental comprender que este artículo se encuentra inmerso en la legislación civil por ser esta especial ya que regula la materia civil en particular. En línea con la afirmación del carácter de inembargable de la propiedad fiduciaria, el artículo 2448 del citado código manifiesta que podrá el acreedor perseguir todo tipo de bienes, bien sea presentes o futuros salvo los no embargables contenidos en el artículo 1677. Ahora bien, el artículo 594 del Código General del Proceso si bien no incluye en su lista la propiedad fiduciaria como inembargable, no la excluye, en el entendido de que la misma norma hace una remisión cuando contempla “*Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar...*”

Por lo anteriormente descrito, se analiza cómo el Código Civil regula el contenido de la materia civil, de familia y demás integrándolo en una misma codificación, mientras que el derecho procesal es la instrumentalidad, entendida esta como el medio obligado y necesario para que las personas puedan hacer efectivos los derechos que se encuentran consagrados en las normas de derecho sustancial (López, 2016). En efecto, y aplicando el reiterado argumento sistemático en sentido estricto, no solamente se le atribuye a la propiedad fiduciaria el carácter de inembargable que reconoce el Código Civil y el Código General del Proceso sino que, se aplica la racionalidad del legislador plasmada claramente cuando dispone en el artículo 807 la viabilidad que sobre una misma persona recaiga de manera simultánea la calidad de fideicomitente y fiduciario.

Como se ha mostrado con la aplicación del argumento sistemático en sentido estricto al problema jurídico planteado se concluye como el legislador reglamentó la propiedad fiduciaria en el Código Civil atribuyéndole la característica de inembargabilidad y permitiendo la presencia de la doble calidad ya enunciada, y a su vez armonizó y reconoció en el Código General del Proceso no solamente la disposición de inembargabilidad de la propiedad fiduciaria sino la existencia de otras normativas referentes a inembargabilidad que no se encuentran enlistadas en el artículo, como lo es el patrimonio de familia inembargable establecido en el artículo 1 de la ley 70 de 1931. Por ende, el artículo 594 del Código General del Proceso no es taxativo y prevalece la aplicación del numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil, sosteniéndose la vigencia de la inembargabilidad y la posibilidad de presentarse la doble calidad ya referenciada.

De ello resulta necesario, presentar como argumento complementario un paralelo con el derecho comparado, en aras de crear un panorama que visualice cómo la legislación ecuatoriana y chilena enfrentan el problema jurídico presentado en este escrito, referente a cómo la doble calidad de fideicomitente y fiduciario sobre una misma persona podría afectar la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria.

La legislación ecuatoriana en su artículo 807 del Código Civil establece que *“Cuando en la constitución del Fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos”* De lo cual se determina que el fideicomitente puede ostentar a la vez la calidad de fiduciario por disposición legal. En línea con esta afirmación, el numeral 8 del artículo 1661 del Código Civil establece que

no son embargables *“la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente”*. Concluyéndose que una de las características de la propiedad fiduciaria es la inembargabilidad.

De manera análoga, el Código Civil Chileno en su artículo 748 dispone exactamente la misma normativa que la legislación colombiana en el artículo 807 del Código Civil ecuatoriano, en cuanto a la posibilidad de que una misma persona ostente simultáneamente la calidad de fiduciante y fiduciario. En este orden de ideas, la legislación chilena contempla en su numeral 9 del artículo 1618 del Código Civil como bienes no embargables *“la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente”*.

Como segundo argumento complementario se realizará una analogía con distintos mecanismos de salvaguarda que fueron creados por el legislador colombiano ante la presencia de situaciones de fraude a terceros y a la ley. Ezquiaga (2008) expone que la analogía es una solución aplicada por los juristas para atribuir de sentido y significado a determinado precepto, trasladando el argumento que soluciona legalmente un caso a otro no regulado en el ordenamiento jurídico, pero que por ser semejante el primero al segundo, es pertinente la adjudicación de dicha solución.

Es menester antes de aplicar la analogía y exponer los escenarios de la misma, relacionándolos con el problema jurídico presentado, traer a colación la hipótesis que coadyuva la embargabilidad al fideicomiso civil cuando se presenta la doble calidad de fideicomitente y fiduciario; al respecto, interpretes han partido de un análisis consistente en que sobre quien reposen ambas calidades puede hacer uso de la figura jurídica en aras de defraudar la ley y/o ir en detrimento de terceros. La Corte Constitucional soporta la tesis indicada en el aparte anterior en Sentencia STC 8518 de 2018, en la cual manifestó que cuando una persona ostenta la doble calidad enunciada, hay un aparente

interviniente y que realmente no hay un individuo distinto que debería ejercer el cargo de fiduciario, siendo así, por la inexistencia del traslado de propiedad “(...) *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 la cosa, o para sustraer la propiedad frente a las acciones o terceros*”. Lo citado permite comprender cómo la mayoría de quienes integraron la Sala de la sentencia referida parten del supuesto de que el fideicomiso civil será utilizado para la comisión de fraude, bien sea, a la ley o a terceros.

Sobre el particular, debe señalarse que el legislador ha creado diversos mecanismos para evitar que las personas utilicen figuras jurídicas en detrimento de la ley o terceros. Los mecanismos que se exponen en el presente escenario los cuales permiten salvaguardar la ley y a los terceros son: la acción de simulación, la nulidad absoluta por causa ilícita y la impugnación, los cuales serán analizados a grandes rasgos a continuación.

El primer mecanismo a analizar es la acción de simulación, la cual puede instaurar un tercero o la parte que se ve afectada cuando los contratantes realizan un acto ficticio en aras de disminuir o incrementar de forma aparente el patrimonio de la otra parte, con el objetivo de impedir o frustrar la garantía que ostenta un acreedor, es decir, el tercero. La simulación se presenta en el contrato de compraventa, cuando el vendedor manifiesta que excluirá de su patrimonio un bien y que por esto recibirá determinado precio, logrando que dicho bien no pueda ser embargado por su acreedor (Pinaglia, 2001).

El contrato simulado crea situaciones distintas a la realidad para los contratantes, afectando la relación de estos con terceros. La simulación es comúnmente usada con la finalidad de

insolventarse defraudando a un acreedor, lo cual constituye una ilicitud y da nacimiento a la acción de simulación, teniendo esta última como objetivo que se declare nulo el negocio jurídico, debiendo probarse la mala fe y el fraude por parte del tercero interesado (Tadeo, 2003).

El objeto de la acción de simulación es mostrar que el acto aparente no existe, dejando que el acto real prime. León (1991) dispone al respecto que:

Probada la simulación se demuestra cuál es la realidad; si hay una enajenación aparente, se establecerá que el bien objeto del contrato, no ha salido de manos del enajenante; o si hay, por ejemplo, venta por interpósita persona para eludir una disposición legal, se demostrará el fraude; pero no se declarará la nulidad de ese acto oculto mediante la acción de simulación (sino la nulidad) (p.115).

Una vez analizado el contrato simulado y el objeto de la acción de simulación, se procede a examinar analógicamente este mecanismo con el fideicomiso civil, cuando es usado para desfavorecer de manera intencional y de mala fe los intereses de los acreedores. Se evidencia cómo el legislador creó un mecanismo de salvaguarda en la compraventa para permitir a los terceros acreedores y a una de las partes que se ha visto menoscabada en instaurar esta acción que permite presentar la realidad jurídica del verdadero contrato en aras de demostrar la real intención y así proceder a instaurar la acción de nulidad.

En línea con lo anterior, si bien la acción de simulación permite que salga a la luz el contrato real, como paso a seguir se debe instaurar la acción de nulidad absoluta, que una vez declarada extingue toda obligación que en el contrato pudiese tener su base u origen (Claro, 1927). Respecto al caso concreto, quienes de mala fe constituyan un fideicomiso civil en aras de utilizar su

característica de inembargabilidad para “proteger” la propiedad fiduciaria de embargos y así causar daños a acreedores impidiéndoles satisfacer las garantías de sus créditos, podrán ser sometidos a la acción de nulidad absoluta por causa ilícita por parte de sus acreedores.

En efecto, la causa es aquel móvil que induce a las partes a celebrar determinado acto o contrato, es decir, el fin mismo que se persigue para contratar. El problema reside cuando el propósito es prohibido por la ley, contravía las buenas costumbres, la moral, el orden público, y demás. La causa del acto o del contrato es ilícita, por ende, el acto o el contrato no puede valer, lo que trae consigo que adolezca de nulidad absoluta por causa ilícita (Claro, 1927). En este orden de ideas, la nulidad absoluta por causa ilícita le permite al acreedor afectado desenmascarar a su deudor fraudulento y permitiéndole, que una vez el juez declare la nulidad absoluta del contrato, las cosas se retrotraigan al inicio de ser posible, lo cual le permite al acreedor embargar los bienes que fueron inembargables.

Por último, se presenta la impugnación específicamente del contrato de fiducia mercantil, como mecanismo para ser comparado con el problema jurídico ya presentado. La Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC20450-2017 determinó que en la impugnación del contrato de fiducia mercantil, es “*deber del tercero acreedor de demostrar que el negocio fiduciario se hizo en fraude de sus intereses*”. Expone sus razones la Corte en esta providencia, señalando que es permitida la intromisión de un tercero acreedor del fiduciante que tiene un crédito insoluto y anterior a la constitución del fideicomiso mercantil y que de conformidad con el artículo 1238 del Código de Comercio puede perseguir el acreedor el bien fideicomitado e impugnar el negocio fiduciario del que no es parte.

A causa de lo anterior, expone la Sala en la referida sentencia que cuando el acreedor pretenda perseguir el bien debe demostrar un interés actual y serio, poniendo en evidencia el perjuicio que le trajo por la constitución del patrimonio autónomo en cuanto a que defrauda sus intereses, para así lograr perseguir los bienes que garantizaban la acreencia y posiblemente a terminar la constitución de la fiducia cuando es perseguido el único bien objeto de propiedad fiduciaria.

Una vez analizada la acción de impugnación del contrato de fiducia mercantil contenido en el inciso 1 del artículo 1238 del Código de Comercio, se puede concluir que si bien la fiducia civil y mercantil no son figuras jurídicas idénticas, sí presentan determinadas similitudes y por esta razón se trae a colación el mecanismo referido que tiene como objetivo que una vez demostrado el fraude realizado al acreedor por el detrimento en su patrimonio causado a sabiendas del deudor, el juez ordene retirar de la propiedad fiduciaria dicho bien que garantiza la acreencia que es previa a la constitución de la fiducia mercantil. En este punto se puede observar cómo el ordenamiento jurídico consta de mecanismos que permiten a los acreedores hacer valer sus derechos cuando hay fraude a la ley, imponiéndoles correlativamente la carga de probar la mala fe y el detrimento de sus intereses.

Como se ha evidenciado en el presente escrito, si una figura jurídica es usada de forma fraudulenta por determinados individuos, deberá ser probada la mala fe de los mismos, para así proceder a las sanciones pertinentes y mitigar o finiquitar los actos y resultados dañinos contra terceros. Igualmente, al caso concreto es procedente el uso de la nulidad absoluta por causa ilícita y la impugnación del contrato de fideicomiso mercantil por las razones anteriormente esbozadas.



A partir de los argumentos anteriores que permiten evidenciar los mecanismos de salvaguarda existentes para finiquitar los daños a acreedores y el fraude a la ley causada a sabiendas por personas en un acto o contrato, se propone que la situación de inseguridad jurídica objeto del presente trabajo sea resuelta conservando el carácter de inembargabilidad de la propiedad fiduciaria en todos los casos, incluyendo aquel cuando el fideicomitente y fiduciario recaen sobre la misma persona, y en caso de llegar a presentarse fraude, deberá el interesado o sus herederos ejercer las acciones pertinentes para demostrar la mala fe de quien ostenta la doble calidad, en aras de terminar no solo con el fideicomiso mismo, sino obtener la indemnización de los perjuicios sufridos y el reconocimiento del fraude a la ley como conducta volitiva encaminada a obtener un fin ilícito usando un medio lícito (Mansilla, 2010), con la intencionalidad de defraudar el patrimonio de terceros, blindando con la propiedad fiduciaria determinados bienes.

#### **4. Conclusiones y recomendaciones**

El fideicomiso civil es una figura jurídica que sigue vigente en el ordenamiento jurídico y en la vida práctica, donde los individuos deciden seleccionar esta figura por su característica fundamental y objeto de estudio que es la inembargabilidad, con el objetivo de limitar la propiedad de determinados bienes, la cual facilita que perduren determinados patrimonios propios o familiares en el tiempo, con una debida estipulación de condiciones que deben cumplirse a cabalidad para finalizar con la restitución de dichos bienes. Igualmente, esta figura es escogida porque permite al constituyente someterlos a propiedad fiduciaria y a su vez administrarlos para luego transferirlos a un beneficiario.

Tras el cambio normativo del Código General del Proceso, se han generado diversas posturas jurídicas sobre la inembargabilidad o no de la propiedad fiduciaria, por parte de diversas instituciones administrativas o judiciales como la Superintendencia de Sociedades, Superintendencia de Notariado y Registro, la Corte Suprema de Justicia y jueces de la República. Las tesis contrapuestas respecto del problema jurídico sientan las bases acerca de la importancia de reconocer y estudiar el problema jurídico, con miras a generar posturas que pretendan dar solución a la inseguridad jurídica vigente sobre la materia.

En concordancia con los planteamientos de Ezquiaga Ganuzas y su aplicación al caso en concreto, se tiene que el problema jurídico consiste en una antinomia de segundo grado, la cual al no poder ser resuelta por los criterios tradicionales de solución de antinomias, requiere ser solucionada a través de la aplicación del argumento sistemático en sentido estricto, puesto que este propone solucionar los conflictos a través de la comprensión armónica del ordenamiento jurídico, atendiendo a principios como la coherencia y racionalidad del legislador a través de atribuir sentido y significado a una disposición respecto de por qué se concibe la misma y como se entrelaza con las demás normas.

La aplicación del argumento sistemático en sentido estricto asiente cómo la inembargabilidad del fideicomiso civil y la disposición legal que permite que recaiga sobre una misma persona la doble calidad de fideicomitente y fiduciario es armoniosa con el ordenamiento jurídico, no solamente porque el Código Civil regula la figura misma sino porque dichas disposiciones no van en detrimento con las demás normas jurídicas del sistema. En este sentido, el Código General del Proceso no contempla una lista taxativa sobre bienes inembargables, sino que hace una remisión normativa, pues reconoce que leyes especiales (Código Civil, Código de Comercio, entre otros) y

la Constitución dictaminan otros bienes como inembargables. El análisis del tema a la luz de la legislación comparada específicamente la normatividad chilena y ecuatoriana, arrojan que la figura debería tratarse como ambas legislaciones en donde se conserva el carácter inembargable del fideicomiso civil y a su vez se acepta la doble calidad de fideicomitente y fiduciario en una misma persona. De igual manera, si se hace una analogía con figuras del ordenamiento jurídico colombiano que propenden por la salvaguardia de la ley y la protección a los acreedores se tiene que, en un eventual litigio por fraude a la ley y daño a terceros, la acción de simulación, la nulidad absoluta y la impugnación de la fiducia mercantil son mecanismos completamente pertinentes para el caso concreto, pues exponen escenarios donde el acreedor al instaurar las acciones citadas logra que a través de decisión judicial se protejan sus intereses y terminen los daños causados.

A partir del estudio realizado en el presente documento, se aprecia y reconoce que el sistema normativo debe ser entendido de forma conjunta y que la incorporación de determinadas normativas en distintas áreas no trae consigo la derogación tácita de las primeras. En este punto es de vital importancia reconocer cómo los jueces deben realmente hacer un análisis jurídico de las normas, desentrañando no solo su finalidad sino la esencia de las figuras jurídicas, es decir, el por qué fueron creadas y por qué siguen subsistiendo.

Como muestra de lo anterior, se sugiere que sea analizado cada caso en concreto, se debe tener de presente que los móviles de las personas para escoger las figuras jurídicas son incontables, siendo así, cuando se prueba de forma fehaciente una mala fe, fraude a la ley y/o abuso del derecho, se logra percibir que esto ha existido con la finalidad de perjudicar intencionalmente a un acreedor. Por este motivo, cuando un acreedor empiece a concebir indicios de ilicitudes, de manera inmediata debe tomar las medidas que considere necesarias, acudiendo a la jurisdicción con el ánimo de que

se permita demostrar e impedir los perjuicios causados de forma ilegal y fraudulenta. Por otra parte, a causa de la estudiada inseguridad jurídica que se presenta sobre la embargabilidad o permanencia de la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria cuando las calidades de fideicomitente y fiduciario recaen sobre una misma persona, no es recomendable que un individuo elija esta figura jurídica con el convencimiento de que es inembargable, porque así este no actúe de mala fe y en un futuro llegue a tener acreencias, no tendrá garantizada la protección de sus bienes bajo el amparo de la inembargabilidad, lo cual podrá terminar en un complejo proceso con una pérdida de recursos no solo económicos sino en materia de tiempo.

## Referencias

- Arteaga, J. (1999). *De los bienes y su dominio*. Bogotá D.C, Colombia: Editorial Facultad de Derecho.
- Beteta, R. (1982). *Las instituciones fiduciarias y el Fideicomiso en México*. México D.F, México: Banco Mexicano Somex.
- Bonivento, F. (2009). *Los principales contratos civiles y comerciales*. Bogotá D.C, Colombia: Librería Ediciones del Profesional.
- Claro, L. (1927). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. (vol 5). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Claro, L. (1946). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De los bienes*. (vol 4). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Congreso de la República de Colombia (1991) *Constitución Política de Colombia 1991*. Bogotá D.C: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 105 de 1931*. Bogotá D.C: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso Nacional de Chile. (1986). *Ley No. 18525*. Santiago de Chile: Congreso Nacional de Chile.
- Consejo Nacional Legislativo. (1887). *Ley 57 de 1887. Código Civil*. Bogotá D.C: Consejo

Nacional Legislativo.

Corte Constitucional (1 de febrero de 2017) Sentencia C- 046 de 2017. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional (16 de junio de 2015) Sentencia C- 451 de 2015. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional (5 de diciembre de 2001) Sentencia C- 1287 de 2001. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (9 de julio de 2008) Sentencia 2004-00110 de 2008. [MP Ruth Marina Díaz Rueda]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (20 de junio de 2018) Sentencia 7916 de 2018. [MP Margarita Cabello Blanco]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (7 de diciembre de 2017) Sentencia SC20450-2017. [MP Margarita Cabello Blanco]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (9 d mayo de 2006) Sentencia T-25430 de 2006. [MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón]

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (2017). *Concepto No. 2044 del 29 de diciembre de 2017*. Bogotá D.C: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (2002). *Concepto No. 009255 del 14 de febrero de 2002*. Bogotá D.C: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Estrada, E. (2010). *El Fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*. Recuperado de <https://books.google.com.co/books?id=omWnDAAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=propiedad+fiduciaria&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiunZj9hMvgAhULSK0KHSJcCdg4FBDoAQhGMAc#v=onepage&q=propiedad%20fiduciaria&f=false>

Ezquiaga, F. (2008). *La argumentación en la justicia constitucional*. Colombia: Biblioteca

Jurídica Diké.

Ezquiaga, F.J. (2010). *Conflictos normativos e interpretación jurídica*. Morelia, México:

Tribunal Electoral del Estado de Michoacán.

García, J.A. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. México D.F, México: Tirant Lo

Blanch México.

Garrido, R y Zago, J. (2006). *Contratos Civiles y Comerciales*. 2a ed actualizada y aumentada.

Buenos Aires, Argentina: Universidad S.R.L.

Gutiérrez, P. F (1998). *Los Fideicomisos y Las Obligaciones Negociables*. Recuperado de

[https://books.google.com.co/books?id=\\_jCi2fv6\\_2MC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbgbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.co/books?id=_jCi2fv6_2MC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbgbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

Hayzus, J.R. (2004). *Fideicomiso*. 2a ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Herrera. M y María. V. (2016). *Manual de Derecho Sucesorio*. Recuperado de

[https://books.google.com.co/books?id=L7O4DQAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbgbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.co/books?id=L7O4DQAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbgbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

Kiper, C y Lisoprawski, S. (2003). *Tratado de Fideicomiso*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Lascala, J.H. (2005). *Práctica del Fideicomiso*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

León, A. (1991). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. 4a ed actualizada. Santiago

de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Lizarralde, E. (1994). *Derecho de Embargo*. Recuperado de

<https://books.google.com.co/books?id=ZnJhKUy0uoQC&pg=PA18&dq=inembargabilidad+propiedad+fiduciaria&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiF7OP50qjiAhXrx1kKHLYBtoQ6wEISTAG#v=onepage&q=inembargabilidad%20propiedad%20fiduciaria&f=false>

López, H. (2016). *Código General del Proceso*. Bogotá D.C, Colombia: Dupre Editores Ltda.

Mansilla, M. (2010). Fraude a la ley: *fraus legis facta*. *Cultura Jurídica*, (1) 105- 117.

Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4069/9.pdf>

Martín, M. T. (2012). *La Sustitución Fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*. Recuperado de

[https://books.google.com.co/books?id=p4CzRKke\\_9oC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbg\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.co/books?id=p4CzRKke_9oC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

Medina, J.E. (2014). *Derecho Civil: Derecho de familia*. Recuperado de

<https://books.google.com.co/books?id=5lwyDwAAQBAJ&pg=PA168&dq=efectos+Fideicomiso+civil&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwinmLul183gAhUSXa0KHQWLbGAQ6AEIKDAA#v=onepage&q=efectos%20Fideicomiso%20civil&f=false>

Moreso, J.J. (2006). *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Recuperado de

<https://books.google.com.co/books?id=sjnaAwAAQBAJ&pg=PT93&dq=argumentacion+antinomia&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiTjLQ5NriAhURq1kKHQzTAHgQ6AEIMzAC#v=onepage&q=argumentacion%20antinomia&f=false>

Pinaglia, J. (2001). *Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil Español*. Recuperado de

<https://books.google.com.co/books?id=eVAVDwI2ZngC&pg=PA191&dq=accion+de+simulacion+C3%B3n&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiYhISZmIjiAhULwlkKHV4-D-UQ6AEIMjAC#v=onepage&q=accion%20de%20simulacion+C3%B3n&f=false>

Presidente de la República de Colombia (1971). *Código de Comercio. Decreto 410 de 1971*.



Bogotá D.C: Presidente de la República de Colombia en ejercicio de sus facultades extraordinarias.

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

Rodríguez, S. (2005). *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*. Colombia: Legis.

Superintendencia de Notariado y Registro. *Instrucción Administrativa 0026 de 2017*. Bogotá D.C: Superintendencia de Notariado y Registro.

Superintendencia de Notariado y Registro. *Instrucción Administrativa 19 de 2018*. Bogotá D.C: Superintendencia de Notariado y Registro.

Superintendencia de Sociedades (2017). *Oficio 220-111308 del 31 de mayo de 2017*. Bogotá D.C: Superintendencia de Sociedades

Tadeo, J. (2003). *Sentencias escogidas de José Hernández Arbeláez*. Recuperado de <https://books.google.com.co/books?id=XKvYMxBJWvQC&pg=PA13&dq=accion+de+simulacion&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiYhISZmIjiAhULwIkKwV4-D-UQ6AEIRzAG#v=onepage&q=accion%20de%20simulacion&f=false>