

LA CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO COMO
MECANISMO ALTERNO AL PROCESO DE SUCESIÓN

JULIÁN DAVID BEJARANO PEÑA
STEVEN ALEJANDRO BUITRAGO BETANCOURT

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÁ – VALLE
2016

LA CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO COMO
MECANISMO ALTERNO AL PROCESO DE SUCESIÓN

JULIÁN DAVID BEJARANO PEÑA
STEVEN ALEJANDRO BUITRAGO BETANCOURT

Monografía para optar al
Título de ABOGADO

PRESIDENTE
HUGO NARANJO TOBÓN
Docente Universitario

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE DERECHO
TULUÁ – VALLE
2016

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Jurado

29 de enero de 2016

CONTENIDO

GLOSARIO.....	6
RESUMEN.....	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I. CONCEPTOS Y LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS PROCESOS SUCESORALES Y AL FIDEICOMISO EN COLOMBIA	10
1.1. ANTECEDENTES DE LA SUCESIÓN	10
1.2. CONCEPTO DE SUCESIÓN.....	12
1.3. ASIGNACIÓN DE LOS BIENES.....	13
1.4. PROCESO DE SUCESIÓN.....	14
1.4.1. PROCEDIMIENTO DE SUCESIÓN JUDICIAL	16
1.4.2. TRÁMITE DE SUCESIÓN NOTARIAL	17
1.4.3. COMPARATIVA ENTRE EL PROCESO DE SUCESIÓN JUDICIAL Y NOTARIAL.....	18
2. EL FIDEICOMISO	24
2.1. ANTECEDENTES.....	24
2.2. TIPOS DE FIDUCIA.....	25
2.2.1. FIDUCIA MERCANTIL Y ENCARGO FIDUCIARIO	25
2.2.1.1. <i>Encargos fiduciarios</i>	29
2.2.1.2. <i>Fiducia Mercantil</i>	29
2.2.2. PROPIEDAD FIDUCIARIA.....	32
2.2.3. DIFERENCIAS ENTRE EL FIDEICOMISO CIVIL Y LA FIDUCIA MERCANTIL.....	34
2.4. OBJETO DEL FIDEICOMISO	35
2.5. CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO.....	36
2.6. CONTROVERSIAS JURÍDICAS.....	37
2.6.1. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO	37
2.6.2. DEMANDAS DE REVOCATORIA POR PARTE DE ACREEDORES DEL FIDEICOMITENTE.....	38
2.6.3. FALLECIMIENTO DEL ÚNICO FIDUCIARIO	38

CAPITULO II. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CONSTITUCIÓN DE UN FIDEICOMISO O PROPIEDAD FIDUCIARIA FRENTE A UN PROCESO SUCESORAL.	39
2. VENTAJAS DEL PROCESO SUCESORAL	39
3. DESVENTAJAS DEL PROCESO SUCESORAL	39
4. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO O PROPIEDAD FIDUCIARIA	39
5. DESVENTAJAS DEL FIDEICOMISO O PROPIEDAD FIDUCIARIA	40
CAPITULO III. LA CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	42
1. DERECHOS FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON EL FIDEICOMISO	42
1.1. DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA.....	42
1.2. DERECHO A LA LIBERTAD Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD	44
1.3. DERECHO A LA IGUALDAD	45
CONCLUSIONES.....	49
BIBLIOGRAFÍA.....	51

GLOSARIO

Dominio fiduciario: Es el derecho de carácter temporal que otorga al fiduciario las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicometido, para el cumplimiento del fin o fines del fideicomiso, con las limitaciones establecidas en el acto constitutivo. El dominio fiduciario se ejerce desde la transferencia de los bienes objeto del fideicomiso, salvo disposición contraria establecida en el acto constitutivo, hasta el término del fideicomiso¹.

Fideicomitente: Es el propietario de un bien o titular de un derecho, que los ha transferido a un fiduciario para constituir sobre él, un patrimonio fideicometido para el cumplimiento de un fin específico. Puede ser uno o varios y personas jurídicas o naturales².

Fideicomisario: Es la persona a favor de quien se realizan los fines del fideicomiso. Es el beneficiario directo de la operación fiduciaria. Pueden ser indeterminados³

Factor Fiduciario: Es la persona designada por el fiduciario para cada fideicomiso que reciba, para actuar como representante del patrimonio fideicometido. Asume la responsabilidad por los actos, contratos y operaciones que se relacionen con dicho fideicomiso. Una misma persona puede ser factor de varios fideicomisos⁴.

¹ COFIDE. Fideicomisos. [En línea] [15 de Abril de 2015] Disponible en: <http://www.cofide.com.pe/fideicomisos/fideicomisos.html>.

² Ibid

³ Ibid

⁴ Ibid

RESUMEN

El Proceso Sucesoral testado o no, es el tramite más común para la repartición de los bienes de un causante, pero también es cierto que la *Propiedad Fiduciaria o Fideicomiso Testamentario* puede proporcionar los mismos resultados de una manera más rápida y a un menor costo.

El fideicomiso testamentario se constituye en vida, razón por la cual puede darse el caso que posterior a su constitución, una persona que no esté incluida en el fideicomiso adquiera vocación hereditaria, en el caso en que el fideicomitente fallezca, ¿qué pasaría con los derechos del heredero no incluido?

SUMMARY

I tested the Probate process or not, it is the most common for the distribution of the estate of a deceased processed, but it is also true that the Trust Property Probate and Trust can provide the same results faster and at a lower cost.

A testamentary trust is created in life , why can happen that after its constitution, a person who is not included in the trust acquires hereditary vocation, in the case where the settlor dies , what happens to the rights the heir is not included ?

INTRODUCCIÓN

El proceso generalmente utilizado para la partición y posterior adjudicación de la universalidad jurídica del causante es el sucesoral, ya sea testado o abintestato. Sin embargo, existe otra figura que permite cumplir el mismo objetivo según las estipulaciones determinadas por el propietario de los bienes. Este es el caso de la constitución de una Propiedad Fiduciaria o Fideicomiso Testamentario, que pese a que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulada de antaño, es poco utilizada.

Ahora bien, tanto en Colombia como en otros Estados, las grandes empresas -en su mayoría- han tenido un origen familiar, y deben afrontar un desafío que emerge con el transcurrir del tiempo, el cual es sobrevivir, pues “[l]os indicadores muestran de manera dramática cómo las empresas de familia desaparecen de la primera a la segunda generación y difícilmente llegan a la tercera”⁵, y ello en cierta medida, se debe a que los procesos de sucesión generan para las partes situaciones de índole económica, procesal y mental bastante estresantes, dado que los costos de este tipo de procesos son elevados y mientras se les da el trámite pertinente se puede presentar un menoscabo del patrimonio familiar al dificultar la continuidad de los negocios por el desinterés de los herederos, o incluso, por encontrarse estos inmersos en diversas acciones de impugnación o investigación de paternidad, simulación de contratos, etc., los que a la postre dilatan ostensiblemente el proceso sucesoral.

Como alternativa al proceso en mientes existe el Fideicomiso Testamentario, el cual tiene por fin permitir a una persona realizar la partición patrimonial en vida, figura que comporta ciertos beneficios en el entendido que “ayuda a resolver de manera concreta la problemática que suponen las simulaciones contractuales,

⁵ VEIGA COPO. Abel B. & otros. Empresas de Familia Estrategias de Éxito y Permanencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2010. Pág.98.

como la compraventa en la que se entregan a uno o más herederos los bienes que debían liquidarse en la sucesión del causante después de su fallecimiento y que producen mayores dificultades a la hora de demandar por tratarse de procesos probatoriamente complejos”⁶; sin embargo, al emplearse podría transgredirse el derecho a la igualdad de los hijos nacidos posteriormente a la constitución del fideicomiso o de quienes llegaren a tener vocación hereditaria.

Con nuestra monografía pretendemos analizar si el uso que actualmente se le está dando al fideicomiso, vulnera el derecho a la igualdad de las personas que no tengan vocación hereditaria al momento de constituirlo como mecanismo alternativo al proceso de sucesión.

⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-683 del 10 de septiembre de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

CAPITULO I. CONCEPTOS Y LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS PROCESOS SUCESORALES Y AL FIDEICOMISO EN COLOMBIA

1.1. ANTECEDENTES DE LA SUCESIÓN

La sucesión se remonta a los orígenes del derecho romano ante la necesidad de perpetuar la *gens** originaria, donde el hijo o consanguíneo masculino más próximo del *pater familias* fallecido ocupaba su lugar en dicha institución. BONFANTE en su obra “Instituciones de derecho romano” afirma que:

[C]onsiderando la naturaleza de la familia romana como grupo análogo al Estado, y teniendo en cuenta que, según nuestros indicios, del primitivo grupo familiar y de la evolución del dominio de la *res Mancipi*, se deduce que en los primeros tiempo (sic) romanos y pre – romanos el grupo agnaticio o la *gens* no se conservaban unidos. [...] el heredero era precisamente el sucesor en la potestad soberana sobre el grupo agnaticio o sobre la *gens*, y, en consecuencia, también en los bienes, o sea, que la herencia originaria servía como medio de traspaso de la soberanía, en lugar del traspaso patrimonial.⁷

En la antigua Roma se configuraba pues una sucesión intestada que permitía que los bienes del *pater* no salieran de la *gens*, sin embargo el derecho a heredar recaía solamente sobre los descendientes masculinos bajo un determinado orden y composición del sistema social o *gens*, tal como lo explica Friedrich Engels:

1. El derecho hereditario recíproco de los gentiles; los bienes quedaban siempre dentro de la *gens*. Como el derecho paterno imperaba ya en la *gens* romana, lo mismo que en la griega, estaban excluidos de la herencia los descendientes por línea femenina. Según la ley de las Doce Tablas -el monumento del Derecho romano más antiguo que conocemos-, los hijos heredaban en primer término, en calidad de herederos directos; de no haber hijos, heredaban los agnados (parientes por línea masculina); y faltando éstos, los gentiles. Los bienes no salían de la *gens* en ningún caso. Aquí vemos la gradual introducción de disposiciones legales nuevas en las costumbres de la *gens*, disposiciones engendradas por el acrecentamiento de la riqueza y por la monogamia; el derecho hereditario, primitivamente igual entre los miembros de una *gens*, limitase al principio (y en un período muy temprano, como

* Era una institución o sistema social de la Antigua Roma que antecedió al Estado-Ciudad, y estaba compuesta por un conjunto de personas que tenían un antepasado en común.

7

hemos dicho más arriba) a los 65 agnados y, por último, a los hijos y a sus descendientes por línea masculina. En las Doce Tablas, como es natural, este orden parece invertido.

2. La posesión de un lugar de sepultura común. La gens patricia Claudia, al emigrar de Regilo a Roma, recibió en la ciudad misma, además del área de tierra que le fue señalada, un lugar de sepultura común. Incluso en tiempos de Augusto, la cabeza de Varo, muerto en la selva de Teutoburgo, fue llevada a Roma y enterrada en el túmulo gentilicio; por tanto, su gens (la Quintilia) aún tenía una sepultura particular.

3. Las solemnidades religiosas comunes. Estas llevaban el nombre de "sacra gentilitia" y son bien conocidas.

4. La obligación de no casarse dentro de la gens. Aun cuando esto no parece haberse transformado nunca en Roma en una ley escrita, sin embargo, persistió la costumbre. Entre el inmenso número de parejas conyugales romanas cuyos nombres han llegado hasta nosotros, ni una sola tiene el mismo nombre gentilicio para el hombre y para la mujer. Esta regla es también demostrada por el derecho hereditario. La mujer pierde sus derechos agnaticios al casarse, sale fuera de su gens; ni ella ni sus hijos pueden heredar de su padre o de los hermanos de éste, puesto que de otro modo la gens paterna perdería esa parte de la herencia. Esta regla no tiene sentido sino en el supuesto de que la mujer no pueda casarse con ningún gentil suyo.

5. La posesión de la tierra en común. Esta existió siempre en los tiempos primitivos, desde que se comenzó a repartir el territorio de la tribu. En las tribus latinas encontramos el suelo poseído parte por la tribu, parte por la gens, parte por casas que en aquella época difícilmente podían ser aún familias individuales. Se atribuye a Rómulo el primer reparto de tierra entre los individuos, a razón de dos "jugera" (como una hectárea). Sin embargo, más tarde encontramos aún tierra en manos de las gens, sin hablar de las tierras del Estado, en torno a las cuales gira toda la historia interior de la república.

6. La obligación de los miembros de la gens de prestarse mutuamente socorro y asistencia. La historia escrita sólo nos ofrece vestigio de esto; el Estado romano apareció en la escena desde el principio como una fuerza tan preponderante, que se atribuyó el derecho de protección contra las injurias. Cuando fue apresado Apio Claudio, llevó luto toda su gens, hasta sus enemigos personales. En tiempos de la segunda guerra púnica, las gens se asociaron para rescatar a sus miembros hechos prisioneros; el Senado se lo prohibió.

7. El derecho de llevar el nombre de la gens. Se mantuvo hasta los tiempos de los emperadores. Permitíase a los libertos tomar el nombre de la gens de su antiguo señor, sin otorgarles, sin embargo, los derechos de miembros de la misma.

8. El derecho a adoptar a extraños en la gens. Practicábase por la adopción en una familia (como entre los indios), lo cual traía consigo la admisión en la gens.

9. El derecho de elegir y deponer al jefe no se menciona en ninguna parte. Pero como en los primeros tiempos de Roma todos los puestos, comenzando por el rey, sólo se obtenían por elección o por aclamación, y como los mismos sacerdotes de las curias eran elegidos por éstas, 66 podemos admitir que el mismo orden regía en cuanto a los jefes ("príncipes") de las gens, aun cuando pudiera ser regla elegirlos de una misma familia.⁸

El derecho Romano ha ido evolucionando a través del tiempo, adaptando la figura a las necesidades actuales, protegiendo los derechos de los herederos, sin importar su condición, raza, género o estatus social.

1.2. CONCEPTO DE SUCESIÓN.

La sucesión se encuentra definida como "la subrogación de dichos bienes a una persona, quien en virtud del testamento, o de la ley, está llamado a ocupar el lugar del causante"⁹, es decir que consiste en la "transmisión del patrimonio de una persona o de bienes determinados, en favor de otras personas también determinadas"¹⁰.

La sucesión es un proceso normado con el fin de perpetuar el derecho de propiedad, y está regulada en los artículos 1008 y s.s. del Código Civil Colombiano. El canon 1008 establece de manera clara y concisa el concepto de sucesión:

ARTICULO 1008. <SUCESIÓN A TITULO UNIVERSAL O SINGULAR>. Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular.

El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto

⁸ ENGELS, Friedrich. Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. [en línea] [28 de Diciembre de 2015] disponible en: https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf

⁹ MOLINA PORCEL, Martha. DERECHO DE SUCESIONES. La sucesión mortis causa. [En línea] [28 de Diciembre de 2015] Documento disponible en: <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro119/lib119-1.pdf>.

¹⁰ SOMARRIVA, Undurraga, Manuel. DERECHO SUCESORIO TOMO I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 2008. ISBN 9561016532. Pág. 24. Documento disponible en la Base de datos de la Universidad de la Sabana, Vlex.

género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta hectolitros de trigo.

Existen dos tipos de sucesiones la sucesión Testamentaria y la sucesión intestada, la cuales según el artículo 1009 del Código Civil Colombiano, se definen así:

- Sucesión Testamentaria: Si se sucede en virtud de un testamento
- Sucesión Intestada: Se sucede en virtud de la ley.
- Sucesión Mixta: Cuando el causante ha testado solo parte de sus bienes.

1.3. ASIGNACIÓN DE LOS BIENES

Las asignaciones por causa de muerte están definidas por la ley y/o el testamento del causante, la cuales determinan los derechos de un asignatario (a quien se hace la asignación) sobre la masa herencial del causante.

- *A título universal.* Es cuando el total de los bienes del causante, activos y pasivos se transmiten en su totalidad mediante cuotas partes. El patrimonio del causante conforma una comunidad o masa herencial y el asignatario es llamado heredero.
- *A título singular o Legados.* Los bienes están definidos y determinados, estos están en cabeza de los legatarios o de los herederos voluntarios. El asignatario se llama legatario.

La asignación de los derechos sobre una masa herencial están determinados por la ley deben aplicarse en orden numérico y de manera excluyente:

- *Primer orden hereditario:* Hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, o dado el caso de que alguno haya fallecido sus descendientes¹¹.
- *Segundo Orden Hereditario:* Ascendientes del grado más próximo del causante y su cónyuge¹².
- *Tercer Orden Hereditario:* El cónyuge y los Hermanos del causante, en caso de que alguno de los hermanos haya fallecido con anterioridad a la repartición de los derechos, serán representados por sus hijos.¹³
- *Cuarto Orden Hereditario.* Sobrinos.¹⁴
- *Quinto Orden Hereditario.* El Estado Colombiano representado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y el Fondo Nacional Agrario.¹⁵

1.4. PROCESO DE SUCESIÓN.

El proceso de sucesión está compuesto de varias etapas y condiciones para su ejecución:

- a. Apertura de la sucesión: Según el Artículo 1012 del Código Civil, *“La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales”*.
- b. En el momento en que inicia el proceso sucesoral, se hace un *llamamiento* a los herederos y legatarios o delación de asignaciones, para que estos acepten o repudien los derechos que le corresponden.

¹¹ arts. 1014, 1019, 1041 y ss. y 1045 del C.C

¹² art. 1046 del C.C.

¹³ arts. 1014, 1019, 1043 y 1047 C.C.

¹⁴ arts. 1014, 1019 y 1051 del C.C.

¹⁵ art. 1051 C.C., art. 66 de la Ley 75/68 y art. 16 num. 8 de la Ley 160/94

- c.** En caso de que alguno de los herederos o legatarios haya fallecido antes de poder aceptar o repudiar sus derechos sucesorios, esta potestad recae sobre los herederos.
- d.** Antes de realizar la asignación de los derechos herenciales, se debe deducir de la masa herencial¹⁶:
- Costas derivadas del proceso de sucesión.
 - Deudas hereditarias.
 - Impuestos fiscales aplicables a la masa herencial.
 - Asignaciones alimenticias forzosas
 - Porción Conyugal
- e.** El producto de la resta entre la masa herencial y las deducciones establecidas en el artículo 1016 del Código Civil se le denomina Acervo Liquidado y son los derechos reales de los que puede disponer el testador o la ley según el caso.
- f.** Los herederos podrán invocar el derecho al Beneficio de Inventario que consiste en que los bienes del causahabiente jamás sean perseguidos por los acreedores del causante¹⁷.
- g.** Documentos que deben ser aportados con la demanda o solicitud de sucesión:
- Prueba de defunción del causante. Certificado de defunción.
 - En caso de testamento se debe aportar la copia del mismo y de la escritura de protocolización de las diligencias de apertura y guarda de testamento.
 - En caso de sucesión intestada los interesados deben presentar pruebas donde conste el grado de parentesco con el causante (registro de nacimiento, registro de matrimonio o prueba de unión marital de hecho etc.).
 - Inventario de los bienes del causante, anexando los documentos probatorios pertinentes.
 - Los acreedores deberán presentar prueba de la constitución del crédito.
 - También se debe anexar una proyección de la partición.

¹⁶ Art. 1016 de C.C.

¹⁷ Art. 1304 del C.C.

En Colombia existen dos procedimientos para la sucesión: el notarial y el judicial.

1.4.1. PROCEDIMIENTO DE SUCESIÓN JUDICIAL

En caso de que los herederos no estén de acuerdo con los porcentajes de la repartición de los bienes deberán dirimir el conflicto ante un despacho judicial, donde será el Juez quien determine según los alegatos presentados por los interesados y conforme a la ley aplicable, el porcentaje correspondiente de la masa herencial a cada uno de los herederos.

La competencia está regulada mediante el numeral 12, artículo 28, de la Ley 1564 de 2012¹⁸, Código General del Proceso que establece que: “[e]n los procesos de sucesión será competente el juez del último domicilio del causante en el territorio nacional, y en caso de que a su muerte hubiere tenido varios, el que corresponda al asiento principal de sus negocios”.

El trámite de la sucesión actualmente se encuentra reglado por los artículos 487 y ss. del Código General del Proceso*; el cual, en síntesis se debe rituar de la siguiente manera:

- Los jueces que conocen de este proceso son los de familia, y su jurisdicción se establece de acuerdo a las cuantías. Si la cuantía es mínima, pueden conocer de este proceso los jueces promiscuos municipales y se podrá actuar por causa propia.
- Se deben adjuntar a la querrela las copias autenticadas del registro de defunción del testador, los registros civiles de los herederos que confirmen su calidad y vocación hereditaria, lo mismo respecto del cónyuge para efectos de saber si existió sociedad conyugal y si esta se encuentra liquidada o no, caso en el cual dará prelación el juez a este proceso antes de iniciar con la sucesión.

¹⁸ Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012.

* Es de aclarar que anteriormente se encontraba sujeto a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (art. 586 y ss.).

- También se deben adjuntar todos los certificados de libertad y tradición de los bienes que comprenden la pretensión, o los títulos que corroboren la propiedad de los bienes y si estos tienen gravamen, limitación, o garantía constituida, etc.
- El juez, una vez admita la demanda, dispone el emplazamiento respectivo, garantizando con ello, la publicidad al proceso para que los acreedores o terceros interesados respecto del patrimonio del causante interpongan sus objeciones y ejerzan sus respectivos derechos.
- Los accionantes o herederos en el proceso, deben mediar de común acuerdo para designar a un abogado que los represente.
- El abogado deberá realizar un inventario de activos y pasivos, y efectuará el acto de partición conforme a lo establecido en el testamento, y en su defecto o suplemento, de la ley; igualmente anexará los documentos idóneos que certifiquen el avalúo de los bienes al igual que el inventario respectivo.
- Si se tienen pasivos o derechos personales traducidos en deudas, estas se deben concretar dentro del proceso conforme a la prelación de créditos, sin desconocer el beneficio de inventario o de separación en caso de que los acreedores o terceros se manifiesten, que en todo caso según la ley, se presume.
- Agotado el proceso en todas sus etapas y sea favorable al extremo activo, el juez mediante sentencia procede a reconocer la adjudicación de los bienes relictos o remanentes para efectos de sucederlos respectivamente.
- Si se tiene un bien producto de la sucesión o varios, y estos son inmuebles, se debe inscribir copia de la sentencia autenticada por el secretario del funcionario que la emite ante la oficina de registro de instrumentos para hacer oponible el derecho adquirido a terceros¹⁹.

1.4.2. TRÁMITE DE SUCESIÓN NOTARIAL

El trámite de sucesión notarial es más sencillo que el judicial, y debe ser solicitado por los herederos legítimos y el cónyuge a través de un abogado, con aportación del registro civil de defunción del *de cuius successionem agitur*. Al respecto, se ha sostenido que: “[e]l trámite de la sucesión notarial se da cuando los herederos son plenamente capaces, proceden de común acuerdo y presenten escrito por intermedio de apoderado judicial; esta solicitud debe ser presentada personalmente por el apoderado ante el notario del círculo notarial que

¹⁹ ABOGADAS.CO. Sucesión por Causa de Muerte. [en línea] [27 de Diciembre de 2015] disponible en: <http://tradicionbienes.weebly.com/sucesioacuten-por-causa-de-muerte.html>

corresponda al último domicilio del causante, si tenía varios el del asiento principal de sus negocios”²⁰.

La figura en comento está regulada en el artículo 1° del decreto 902 de 1988 el cual fue modificado por el decreto 1729 de 1989 artículo 1°, y es del siguiente tenor: “[p]odrán liquidarse ante notario público las herencias de cualquier cuantía y las sociedades conyugales cuando fuere el caso, siempre que los herederos, legatarios y el cónyuge sobreviviente, o los cesionarios de éstos, sean plenamente capaces procedan de común acuerdo y lo soliciten por escrito mediante apoderado, que deberá ser abogado titulado e inscrito”.

Es decir, que para dar inicio al trámite notarial se deben cumplir cuatro condiciones, a saber: i) ser digno sucesoralmente, ii) tener capacidad, iii) que exista mutuo acuerdo, iv) que se realice a través de abogado titulado. En caso de que los herederos presenten discrepancias en torno a los porcentajes de la repartición de los bienes, deberán dirimir el conflicto ante un despacho judicial.

1.4.3. COMPARATIVA ENTRE EL PROCESO DE SUCESIÓN JUDICIAL Y NOTARIAL

a. Funcionario Competente

En ambos procesos el funcionario competente debe encontrarse en el último domicilio del causante y en caso de que haya tenido varios domicilios o haya realizado negocios en varios domicilios, será el funcionario del domicilio principal de negocios del causante.

Proceso Sucesoral Judicial. Los competente para tramitar una sucesión judicial son:

²⁰ GERENCIE.COM. ¿Se puede iniciar un proceso de sucesión ante un notario? Disponible en: <http://www.gerencie.com/se-puede-iniciar-un-proceso-de-sucesion-ante-un-notario.html>. Consultado el 15 de abril de 2015

- Juez Civil Municipal, para las sucesiones de mínima y menor cuantía²¹.
- Juez de Familia, para sucesiones de Mayor Cuantía²².
- Juez Civil del Circuito, en caso de que en el domicilio correspondiente no exista Juez de Familia o Promiscuo.

Trámite ante Notario. El notario único o el escogido por unanimidad por las partes que se encuentre en el domicilio correspondiente.

b. Capacidad para ser parte

Proceso sucesoral judicial: La solicitud o demanda puede ser presentada por cualquiera de las personas que establece el artículo 1312 del Código Civil: El albacea, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos, testamentarios o abintestato, el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente título de su crédito. En el caso de los menores de edad e incapaces deberán instaurar el proceso a través de su representante legal.

Trámite ante notario. Podrán iniciar el trámite los herederos legales o testamentarios, los legatarios, el cónyuge sobreviviente, los representantes legales, judiciales o testamentarios de los herederos, legatarios, cónyuge sobreviviente y acreedores. En caso de los menores de edad o incapaces, podrán iniciar el trámite solo si están acompañados por un interesado capaz y mayor de edad para recibir los bienes de la sucesión.

²¹ Art.14 CPC y Art. 4, Ley 794 de 2003.

²² Art. 5 Decreto 2272 de 1989 Modificado por el num. 11, art. 7, Ley 25 de 1992.

c. Actuaciones Previas.

Proceso Sucesoral Judicial:

- En caso de que exista oposición para la realización de la diligencia de la apertura del testamento cerrado o cuando se presente alguna alteración que impida al notario la apertura, como cuando el sobre se encuentre abierto, o no se puedan reconocer y abonar las firmas.
- Guarda y aposición de sellos para la protección de los bienes muebles y documentos del causante
- Declaración de herencia yacente

Trámite ante Notario: El trámite se realiza ante el notario que se otorgó el testamento cerrado, se realiza la diligencia de apertura y publicación de testamento con base en los artículos 60 a 67 del decreto 960 de 1970.

d. Documentos de pronunciamiento

Proceso Sucesoral Judicial: El juez competente que conozca de un proceso sucesoral, debe proferir las siguientes providencias:

- Auto de admisión y reconocimiento de herederos e interesados
- Edicto emplazatorio
- Auto que aprueba la diligencia de inventarios
- Autos que toman decisiones en el proceso
- Sentencia que aprueba la partición

Trámite ante Notario: El notario emite los siguientes actos

- Acta de admisión por presentarse la solicitud con el lleno de los requisitos legales.
- Comunicaciones
- Edicto emplazatorio
- Escritura publica
- Actas de rechazo de la petición o de archivo por desistimiento presunto.

e. *Oposición a las decisiones tomadas por el competente*

Proceso sucesoral judicial: Todas las decisiones son recurribles.

Los interesados vinculados podrán presentar objeciones del inventario durante los 3 días de traslado y de la partición tienen un término de 5 días. Aunque exista oposición el trámite no se suspende.

Trámite notarial: Ninguna decisión del notario es recurrible.

Después de la publicación del edicto, existe un término de 10 días para intervenir en el proceso. De presentarse oposición por parte de algún interesado, el trámite notarial termina y la sucesión deberá realizarse ante el juez competente.

f. *Instancias*

Proceso sucesoral judicial: El proceso sucesoral según su cuantía se surte bajo el principio de la doble instancia.

Trámite Notarial: No tiene segunda instancia.

g. Acuerdo entre las partes

Proceso sucesoral Judicial: Puede existir o no acuerdo entre las partes, el conflicto será dirimido por el juez.

Tramite Notarial: Debe existir acuerdo entre las partes. En caso de existir conflicto deberá continuarse el proceso ante el juez competente para que resuelva sobre la sucesión.

h. Inventario

Proceso sucesoral Judicial: El inventario puede ser objetado por los interesados. Dadas la objeciones y presentadas las pruebas pertinentes a la objeción el juez podrá excluir o incluir bienes en el inventario.

Proceso ante notario: Al ser un proceso de mutuo acuerdo no es susceptible de objeciones. El notario podrá advertir sobre yerros en el inventario y de mutuo acuerdo por las partes ser corregido.

Dado el caso de inconformidad por una o varias de las partes deberá continuarse el proceso por vía judicial.

i. Publicidad

Proceso sucesoral Judicial: La publicidad debe ser realizada mediante edicto emplazatorio el cual será fijado por el término de 10 días en el despacho judicial y se publicara en un periódico de amplia circulación y por radiodifusora.

Proceso ante notario: el notario emite un edicto que deberá ser fijado por el término de 10 días en el despacho del notario, se publica en un periódico de amplia circulación, se emite por cualquier radiodifusora, se comunica a la oficina de cobranza de la DIAN y a la Superintendencia de Notariado y Registro sobre el inicio del trámite.

j. Partición

Proceso sucesoral Judicial: La partición puede ser objetada por los interesados y dado el caso, el juez ordenara que se rehaga.

Proceso ante notario: Este proceso se basa en el acuerdo de las partes, razón por la cual no podrá ser objetada la partición.

El notario en caso de que advierta el incumplimiento en las asignaciones forzosas dentro de la partición o la violación de los derechos sustanciales de menores o de incapaces, principalmente el derecho de preferencia de adjudicación de bienes podrá negarse a autorizar la escritura.

En caso de que se emita la escritura y alguno o algunos de los interesados consideren que se ha vulnerado los derechos de asignación o se han trasgredido los derechos de menores o incapaces podrá iniciar una acción de nulidad de la escritura pública emitida por el notario.

k. Acumulación de Sucesiones

En ambos procesos, es posible acumular la sucesión de los cónyuges o compañeros permanentes legalmente reconocidos.

l. Terminación

Proceso Sucesoral Judicial. El proceso termina con la sentencia que aprueba la partición.

El proceso sucesoral judicial puede verse afectado por otros procesos notariales en curso y puede acumularse con otros procesos judiciales.

Trámite ante Notario. Este proceso termina con suscripción de la escritura pública, la cual liquida, solemniza y perfecciona la partición de los bienes.

En caso de existir oposición por alguno de los interesados u otros trámites judiciales que puede afectar los bienes que constituyen la masa herencial, el trámite se da por terminado.

2. EL FIDEICOMISO

2.1. ANTECEDENTES

Los antecedentes del fideicomiso, fiducia civil o propiedad fiduciaria, datan de la antigua Roma, y era una figura que guardaba estrechas relaciones con el testamento, pues consistía en el encargo que una persona realizaba a otra para que luego de fallecer aquella se transfirieran sus derechos al destinatario final, acto que no contaba con acción de cumplimiento por lo que estaba sustentado en la buena fe y era denominado como *pactum fiduciae*.

El *Pactum Fiduciae*.- Consistía en un acuerdo en el que intervenía el propietario de unos bienes y otra persona en la que éste confiaba plenamente; en dicho acuerdo el propietario transfería uno o algunos de sus bienes para que la otra persona los administrara con una finalidad específica, como la garantía de pago de una deuda (*fiduciae cum creditore*), o el cuidado y administración de los bienes transferidos cuando el propietario debía ausentarse por periodos largos de tiempo cualquiera que fuera la razón. También existió el *fiduciae cum amico*, que comúnmente se utilizaba por los soldados que iban a la guerra²³.

...en sus orígenes encontró su razón de ser en las múltiples limitaciones e incapacidades para heredar contempladas en el derecho romano, lo que impuso la necesidad de recurrir a mecanismos alternativos que permitieran lograr la finalidad de transferir los bienes a favor de una persona que en principio estaría imposibilitada jurídicamente para recibir la sucesión. De esta forma se transfiere la

²³ ASOFIDUCIARIAS. Cartilla Fiduciaria. Disponible en: http://www.asofiduciarias.org.co/cartillaimport.aspx?id_cartilla=1, Consultado: 10 de Abril de 2015

propiedad mediante testamento a una persona capacitada para heredar que tendría a su vez la encomienda de transferir oportunamente sus derechos al beneficiario final, quien los recibiría sólo si la persona encomendada, titular de la propiedad legal, se avenía al cumplimiento del encargo, sin que existiere ninguna fórmula legal que le impusiera esta obligación. De tal manera que en sus inicios fue una operación fundamentada exclusivamente en la confianza. En la medida en que se fueron suscitando situaciones de conflicto debido al incumplimiento del encargo fiduciario asignado, se hizo entonces necesaria la regulación de la operación por parte del Estado, a través del pretor²⁴.

Aunque el nacimiento del fideicomiso se dió en el derecho romano-germánico, esta figura entra en Latinoamérica a través del Trust anglo-americano.

...el trust fue una hechura de las Cortes de Equidad en el contexto de la transferencia de la propiedad. Por ejemplo, una persona (setlor) que entregaba su propiedad en trust a favor de un amigo (trustee), con la intención de que posteriormente este último cumpliera la encomienda de transferirla a una persona (beneficiary) que adolecía de alguna incapacidad para heredar, no podía más que esperar de la buena del trustee (quien recibía la propiedad) pues no contaba con acción legal alguna para exigir la entrega. La sanción a este incumplimiento vendría entonces a través de una solución en el asunto en “equidad”.

Así, en la célebre adecuación chilena del código napoleónico, acogida íntegramente por Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá; Don Andrés Bello, introdujo, aunque con muy escaso alcance, la figura del Fideicomiso, como una fórmula fiduciaria de reserva de dominio²⁵.

2.2. TIPOS DE FIDUCIA

Actualmente el ordenamiento jurídico colombiano regula varios tipos de fiducia entre los cuales encontramos la mercantil, el encargo fiduciario y la propiedad fiduciaria o fideicomisos civiles.

2.2.1. FIDUCIA MERCANTIL Y ENCARGO FIDUCIARIO

²⁴ CALDERÓN, Aquiles. Caracterización y Antecedentes del Fideicomiso. Disponible en: <http://redfiduciaria.org/sites/default/files/documentos/Caracterizaci%C3%B3n%20y%20antecedentes%20del%20fideicomiso%20dominicano,%20por%20Lic.%20Aquiles%20Calder%C3%B3n%20Rosa.pdf>. Consultado el 10 de abril de 2015

²⁵ Ibídem

La fiducia mercantil y el encargo fiduciario están reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993, modificado por la Ley 510 de 1999) y lo preceptuado en el Código de Comercio en los arts. 1226 a 1244, igualmente por lo establecido en los instructivos de obligatoria observancia proferidos por la Superintendencia Financiera en cuanto al procedimiento de constitución de las sociedades fiduciarias y las operaciones autorizadas a las mismas.²⁶

El artículo 1226 del Código de Comercio, establece que la fiducia mercantil tiene como objetivo la transferencia de bienes específicos, previo cumplimiento de una condición.

En efecto, en concepto OJ-479 de Septiembre de 1973 esta entidad expresó con respecto al contrato de fiducia lo siguiente:

La fiducia da nacimiento a una propiedad formal en cabeza del fiduciario y por ello los bienes así afectados no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario (art. 1227, C. de Co.) y deben figurar en su contabilidad como bienes distintos de los propios (num. 2 arts. 1234, 1236, C. de Co.). En cuanto al constituyente es claro que los bienes fideicomitidos salen de su patrimonio y por ello no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución (art. 1238, C. de Co.) ni pueden ser susceptibles de su libre disposición (num. 4 artículos 1234, 1236, C. de Co.). El beneficiario tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten (art. 1238, C. de Co.). En síntesis, el derecho de propiedad presenta una escisión: la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario (propiedad beneficiosa)²⁷.

También es de tener en cuenta que según el artículo 1234 del Código de Comercio los deberes del fiduciario:

1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;

²⁶ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Fiducia. Concepto 2001074437-1 del 14 de febrero de 2002

²⁷ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. concepto OJ-479 de Septiembre de 1973

- 2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;
- 3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;
- 4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;
- 5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;
- 6) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;
- 7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y
- 8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.

Sobre lo anterior, la Superintendencia Financiera ha sostenido lo siguiente:

...son de carácter indelegable y, por consiguiente, su cumplimiento no puede ser encomendado bajo ninguna circunstancia al beneficiario, ni al fiduciante y mucho menos a terceros, pues se trata de actuaciones que por su naturaleza y fines están asignados únicamente al gestor fiduciario, son de su esencia y tocan con su responsabilidad. Dicho en otras palabras, son competencias del fiduciario indispensables para conseguir además de la efectividad del contrato, los postulados de una sana administración fiduciaria, como lealtad, diligencia, transparencia,

autonomía de la fiduciaria, independencia de intereses, protección de los derechos del beneficiario y del fiduciante, y por supuesto el respeto al orden público económico²⁸.

Las causas para la terminación del negocio fiduciario son las contempladas en el Código Civil para el fideicomiso (art. 822) y las que enlista el artículo 1240 del Código de Comercio:

- Por la restitución.
- Por la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retrovendo, y se verifica la retroventa.
- Por la destrucción de la cosa en que está constituido, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el artículo 866.
- Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los sustitutos.
- Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil.
- Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.
- Por haberse realizado plenamente sus fines;
- Por la imposibilidad absoluta de realizarlos;
- Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley;

²⁸ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. concepto 1997045453-4 del 14 de agosto de 1998

- Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido;
- Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia;
- Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción;
- Por disolución de la entidad fiduciaria;
- Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario;
- Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo;
- Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y
- Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho.

2.2.1.1. Encargos fiduciarios

En encargo fiduciario cumple con todos los requisitos de una fiducia, pero en ningún caso existe la transferencia de la propiedad, solo se pacta la mera entrega de los bienes para su administración.

2.2.1.2. Fiducia Mercantil

La fiducia mercantil está regulada por los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio, este tipo de fiducia, tiene como características las siguientes:

- La transferencia de la propiedad del bien afectado por la misma.
- Los bienes que constituyen la fiducia conforman un patrimonio autónomo y deben separarse de los bienes propios de la fiduciaria.
- Debe tener una contabilidad separada.
- No pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante con quien se adquieran obligaciones posteriores a la constitución del patrimonio autónomo, pero tampoco está a libre disposición del fideicomitente.

La fiducia mercantil a su vez se subdivide en:

- a. **Fideicomiso de garantía:** La fiducia mercantil es constituida con el fin de garantizar o servir como fuente de pago.

Entiéndase por fideicomiso de garantía aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato²⁹.

Es decir que el Fideicomiso de Garantía, consiste en que la fiduciaria administra los activos que constituyen el patrimonio autónomo y que respaldan el cumplimiento o no de las obligaciones pactadas.

- b. **Fiducia Pública.** Está regulada por el inciso 8°, numeral 5, del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que establece:

²⁹ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Circular Básica, lit. b), subnum. 2.9, num. 2, cap. I, tít. V

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

Las entidades públicas podrán celebrar negocios fiduciarios a través de dos modalidades: contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios.

(...) En efecto, según la referida Ley 80 las entidades oficiales únicamente pueden celebrar dos modalidades de negocios fiduciarios: contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios. No obstante, es categórica la prohibición legal en el sentido que los contratos fiduciarios que celebren las entidades públicas nunca puede haber lugar a la transferencia de dominio de los bienes o recursos del Estado, ni a la constitución de un patrimonio autónomo; componentes estos que como ya vimos constituyen elementos esenciales de la fiducia mercantil regulada por los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio. Por consiguiente, es claro que lo que el legislador proscribió de la contratación administrativa es la celebración de contratos de fiducia mercantil, dado que a partir de ese acto jurídico se configuran justamente los supuestos que expresamente elimina la norma antes citada.

En principio la restricción en comento no supedita su cumplimiento a una determinada condición, pues la misma se predica de cualquier tipo de entidad oficial sin distinción de los bienes o recursos estatales, ni del objetivo de la fiducia, ni del negocio subyacente que le pueda dar origen. No obstante, más adelante el párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala taxativamente algunas excepciones al autorizar la constitución de patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria -es decir las sociedades fiduciarias-, para efectos del desarrollo de procesos de titularización e inversiones, o cuando los recursos estén destinados al pago de pasivos laborales.

Igualmente se consagran algunas excepciones en los artículos 150 del Decreto-Ley 1421 de 1993 (Estatuto Orgánico de Santafé de Bogotá), 122 de la Ley 100 de 1993 (Sistema de Seguridad Social Integral), 39-2 de la Ley 142 de 1994 (Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios) y 13 de la Ley 143 de 1994 (Régimen del Sector Energético).

Así mismo este Organismo ha proferido perentorias instrucciones de obligatorio acatamiento para las sociedades fiduciarias en la realización del contrato de fiducia pública las cuales están actualmente contenidas en la Circular Básica Jurídica (Cir. Ext. 007/96, tít. V, cap. I, núm. 7).³⁰

³⁰ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. concepto 1998064123-1 de diciembre 4 de 1998

2.2.2. PROPIEDAD FIDUCIARIA

La fiducia civil o propiedad fiduciaria se adopta en Colombia a partir de la adopción del Código Civil Colombiano en su Título VIII “*De las limitación del dominio y primeramente de la propiedad Fiduciaria*”, que consagra la propiedad fiduciaria en sus artículos 793 y siguientes.

El Fideicomiso es una relación jurídica mediante la cual, el cliente o FIDEICOMITENTE transfiere parte o la totalidad de su patrimonio (bienes, fondos actuales o futuros, derechos, entre otros) al FIDUCIARIO, para que éste, de acuerdo a un propósito u objetivo determinado, lo administre y el producto de dicho patrimonio lo entregue a un beneficiario o FIDEICOMISARIO³¹.

Como ya se mencionó la fiducia tiene sus raíces en el derecho anglosajón, algunos doctrinantes piensan que esa “*carencia de raíces es la causante de la poca utilización de la fiducia en la práctica de los negocios en Colombia y, sobre todo, de su desafortunado manejo, y esto a pesar de que su utilidad práctica es innegable*³²”.

El temor a lo novedoso, la falta de un conocimiento adecuado del manejo de la institución, la barrera en algunos casos del idioma inglés y una regulación deficiente en algunos casos, seguirán obstaculizando el uso de la fiducia a pesar de que... ella cumple cometidos económicos de indudable importancia que no se logran con las instituciones tradicionales³³.

La fiducia es una figura que determina una limitación en el dominio del bien afectado cuya constitución sólo puede efectuarse por acto entre vivos otorgado mediante instrumento público, o por acto testamentario, según lo establece el inciso 1° del artículo 796 del Código Civil, razón por la cual el fideicomiso se debe inscribir en el correspondiente registro:³⁴.

³¹ COFIDE. Fideicomisos. [En línea] [15 de Abril de 2015] Disponible en: <http://www.cofide.com.pe/fideicomisos/fideicomisos.html>.

³² RENGIFO, Ramiro. La Fiducia. Fondo Editorial Universidad EAFIT. Medellín. 2001

³³ Ibídem

³⁴ Inc. 2° Art. 796 C.C.

- Cuando se trate de bienes inmuebles deberá registrarse el instrumento público o acto testamentario en la Oficina de Registro Instrumentos Públicos.
- Cuando incluya bienes muebles sujetos a registro, como es el caso de los vehículos, debe registrarse el instrumento público o acto testamentario en la Oficina de Transito correspondiente.
- Cuando los bienes afectados sean acciones o cuotas partes de una sociedad o persona jurídica, deberá registrarse en la Cámara de Comercio. En el caso de que la afectación recaiga sobre una sociedad anónima debería registrarse en el libro de accionistas.

2.2.2.1. FIDUCIA TESTAMENTARIA

Además de lo establecido en los artículos 793 y siguientes del Código Civil, el Código de Comercio en su artículo 1228 contempla la fiducia constituida por causa de muerte, la cual deberá hacerse mediante un testamento, lo que no ocurre con la propiedad fiduciaria.

La Fiducia Testamentaria puede constituirse de dos maneras:

- a.** El testador puede designar albacea para que, respecto de una parte de sus bienes, que bien puede ser la cuarta de mejoras o la libre disposición una entidad fiduciaria determinada por el mismo testador, actué como albacea de esa parte del patrimonio, en aras de lo que en el mismo testamento constituiría el objeto del contrato fiduciario.
- b.** Quien otorga testamento puede, en vida, celebrar un contrato fiduciario, cuyos efectos jurídicos nacerán al momento de verificarse su muerte.

Es decir, que la entidad fiduciaria podrá actuar como albacea fiduciario al ser designada por expresa disposición testamentaria sin que esta tenga conocimiento

previo de su nombramiento o mediante negociación con el causante previo a su fallecimiento, caso en el cual la ejecución del contrato se efectuara en el momento en que se verifique el fallecimiento del causante o fideicomitente.

2.3. PARTES INTERVINIENTES EN LA CONSTITUCIÓN DE UN FIDEICOMISO

En la constitución de un fideicomiso intervienen tres partes:

- a) *Fideicomitente*: Es el propietario del bien que será afectado por el fideicomiso, quien mediante por escritura pública (acto entre vivos) o mediante testamento³⁵ constituye un fideicomiso a favor de un fiduciario.
- b) *Fiduciario*. Es quien administra los bienes dejados a cargo por el fideicomitente bajo condición y da cumplimiento a sus instrucciones³⁶.
- c) *Fideicomisario*. Es a quien el Fiduciario previa instrucción del fideicomitente, debe transferir el dominio una cumplida la condición.

El fideicomiso puede constituirse sobre una parte o sobre la totalidad de la herencia. Según Francesco Galgano “La acción es, en su materialidad un bien mueble, que puede ser objeto de derechos y del cual se puede disponer como de cualquier otro bien mueble, ya que de él puede ser uno propietario, poseedor propietario individual o copropietario y/o pueden vender, permutar, donar o dar en prenda o en usufructo, etc.”³⁷.

2.2.3. DIFERENCIAS ENTRE EL FIDEICOMISO CIVIL Y LA FIDUCIA MERCANTIL

³⁵ Art. 796 C.C.

³⁶ Art. 799 C.C.

³⁷ Arboleda Firardo, Luis Enrique. Derecho Comercial, Sociedades, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1999, Página 208. Cita: Tesis de grado Universidad Javeriana, Facultad de Derecho, Especialización en Derecho Comercial, Las Acciones de la Sociedad Anónima, 2004.

Derivado de la naturaleza de la fiducia civil y la fiducia mercantil presentan varias diferencias, de las cuales podemos mencionar como la más notable, que son reguladas por normas diferentes, la propiedad fiduciaria se encuentra regulada por el Código Civil y la Fiducia Mercantil por el Código de Comercio. Además existen otras diferencias:

1º El propietario fiduciario es dueño bajo condición resolutoria, pero fallida esta se convierte en pleno propietario. Tal posibilidad está proscrita en el derecho mercantil.

2º El fideicomiso civil es naturalmente gratuito. La fiducia mercantil naturalmente remunerada.

3º El fideicomitente desaparece en el fideicomiso, como regla general. Subsiste en cambio, en la fiducia mercantil, no solo porque puede reservarse derechos en el acto constitutivo diferentes a los que la ley le otorga, sino porque a falta de beneficiario es el natural destinatario de los bienes restantes al concluir el negocio.

4º En el fideicomiso cualquier persona puede actuar como fiduciario, incluido el constituyente, en la hipótesis del artículo 807 del Código Civil. En la fiducia solo pueden actuar personas jurídicas de objeto especial, incluidas por la ley dentro de las denominadas sociedades de servicios financieros y sometidas por lo tanto, al control y vigilancia especiales de la Superintendencia Bancaria, en Colombia y en buena parte de países de América Latina.

5º La forma de constitución del fideicomiso es siempre solemne. La de la fiducia reviste distintas posibilidades que incluyen la forma consensual, la real y la solemne, según la naturaleza de los bienes que se transfieren.

6º Los bienes transferidos en el fideicomiso ingresan al patrimonio del propietario fiduciario. Los transferidos en fiducia constituyen un patrimonio autónomo y especial, diferente al del fiduciario y a los patrimonios constituidos por otros fideicomitentes de los cuales el fiduciario sea titular³⁸.

2.4. OBJETO DEL FIDEICOMISO

La propiedad fiduciaria o fideicomiso civil, es una forma de limitar la propiedad, los bienes están sujetos a un gravamen, que consiste en que el dominio – tradición

³⁸ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Legis Editores, 2005. p 49.

depende del cumplimiento de una condición. Se puede constituir fideicomiso sobre³⁹:

- La totalidad de una herencia.
- Cuota determinada de la herencia.
- Sobre uno o más cuerpos ciertos; cuando el fideicomiso afecte un bien inmueble, esto debe ser inscrito en el correspondiente registro de instrumentos públicos.

2.5. CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO

Los fideicomisos, pueden constituirse a través de escritura pública, por acto entre vivos o por testamento y de manera general tiene un plazo de cumplimiento de 20 años, y si este no se cumple se entenderá fallido, excepto cuando la condición es la muerte del fiduciario.

El fideicomiso es una figura bastante dúctil, pues no limita la constitución de un usufructo, es decir, que sobre una misma propiedad se puede constituir esta última figura, igualmente permite nombrar varios fideicomisarios, e incluso puede constituirse a nombre de una persona que aún no existe⁴⁰.

La ventaja de constituir una propiedad fiduciaria es la de transferir nuestros bienes a otras personas en virtud de que se cumpla una condición la cual puede ser la muerte del fiduciario u otra que deseemos escoger; por último si la condición no se ha cumplido el fideicomisario no tiene ningún derecho sobre el fideicomiso sino la esperanza de recibirlo, sin embargo podrá interponer las acciones pertinentes para la conservación de la cosa, si pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario, la propiedad⁴¹.

³⁹ ZAMBRANO MUTIS, Ángela María. Que se entiende por propiedad fiduciaria. Disponible en: <http://www.gerencie.com/que-se-entiende-por-propiedad-fiduciaria.html>. Consultado el 15 de Abril de 2015

⁴⁰ Art. 805 Código Civil

⁴¹ ZAMBRANO MUTIS, Ángela María. Que se entiende por propiedad fiduciaria. Disponible en: <http://www.gerencie.com/que-se-entiende-por-propiedad-fiduciaria.html>. Consultado el 15 de Abril de 2015

El Fideicomiso Civil teniendo en cuenta que es, como ya se mencionó una figura laxa, pueden ser bienes integrantes del mismo las rentas (arrendamientos) o salarios devengados por el fideicomitente, teniendo en cuenta que el trabajador tiene el derecho de disponer libremente de su salario y autorizar a un tercero para que sea quien lo reciba⁴².

La constitución de un Fideicomiso Civil o Propiedad Fiduciaria, no exime del pago de obligaciones y gastos tributarios, los cuales deben ser asumidos por el fideicomitente mientras no se cumpla la condición establecida en el contrato, momento en el cual el responsable será el beneficiario del fideicomiso.

Los impuestos generados están determinados por las obligaciones tributarias del propietario del bien, la mera constitución del fideicomiso no genera gastos tributarios adicionales.

2.6. CONTROVERSIAS JURÍDICAS

La fiducia testamentaria tiene directa relación con el fallecimiento del fideicomitente, hecho que no puede ser determinado en el tiempo. En el término del cumplimiento de esta condición pueden presentarse diversas situaciones que pueden cambiar el objetivo inicial de la constitución de la fiducia.

2.6.1. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

Se podrá solicitar la extinción de la Constitución de un Fideicomiso Civil, según el artículo 822 del Código Civil por:

- a. Por la restitución.

⁴² Art. 139. Código Sustantivo del Trabajo.

- b. Por la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retrovendo, y se verifica la retroventa.
- c. Por la destrucción de la cosa en que está constituido, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el artículo 866.
- d. Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los sustitutos.
- e. Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil.
- f. Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.

2.6.2. DEMANDAS DE REVOCATORIA POR PARTE DE ACREEDORES DEL FIDEICOMITENTE

En caso de un acreedor pueda demostrar que el deudor constituyó una propiedad fiduciaria con el fin de defraudarlo, el acreedor podrá presentar una demanda ante la jurisdicción ordinaria con el fin de que el juez decrete la nulidad del contrato de propiedad fiduciaria a causa de la mala fe del deudor.

El acreedor tiene un término de un año desde la constitución del fideicomiso para presentar la demanda. El fideicomiso tendrá plena validez hasta tanto no se demuestre la mala fe del fideicomitente.

2.6.3. FALLECIMIENTO DEL ÚNICO FIDUCIARIO

En caso de que el único fiduciario fallezca, y el fideicomisario no ha cumplido con la condición impuesta la propiedad fiduciaria para a los herederos hasta que el fideicomisario cumpla con la condición.

CAPITULO II. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CONSTITUCIÓN DE UN FIDEICOMISO O PROPIEDAD FIDUCIARIA FRENTE A UN PROCESO SUCESORAL.

2. VENTAJAS DEL PROCESO SUCESORAL

El Proceso Sucesoral tiene como ventaja que se realiza ante un funcionario competente debidamente capacitado para llevar a cabo el trámite, quien se encarga de dirimir todas la controversias derivadas de la repartición de los bienes del causante, proporcionando seguridad jurídica tanto en los derechos asignados por la ley a los herederos y legatarios, como en el otorgamiento de los bienes.

3. DESVENTAJAS DEL PROCESO SUCESORAL

-El trámite de un proceso sucesoral ya sea ante Notario o ante un Juez de la Republica conlleva consigo el cumplimiento de requisitos y trámites que derivan en gastos dinerarios y de tiempo.

-Además de los gastos de abogado, notario según el caso, registro entre otros, la sucesión a razón de su cuantía deberá tributar.

-Los bienes no cuentan con ninguna protección ante los acreedores – embargos, la sucesión primero deberá cobijar las deudas adquiridas por el causante y los gastos que deriven de la sucesión.

4. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO O PROPIEDAD FIDUCIARIA

La principal ventaja que representa un fideicomiso o propiedad fiduciaria es la protección del patrimonio ante posibles embargos, tal como lo expresa el artículo 1677, numerales 8 y 9 del Código Civil. Además garantiza el cumplimiento de la

condición determinada y permite la transmisión del dominio libremente a quien o quienes se designen.

Quien constituya un fideicomiso o propiedad fiduciaria en el que la condición sea la muerte del Fideicomitente, el dominio de sus bienes serán transmitidos a los beneficiarios sin que se realice previamente un proceso sucesoral, siendo un trámite expedito y económico. La transmisión del dominio de propiedad se realiza presentando ante notario público el documento de constitución la propiedad fiduciaria y el certificado de defunción del Fideicomitente.

En cuanto a las obligaciones tributarias serán cumplidas por quien constituye la propiedad fiduciaria, hasta que se cumpla la condición, momento en el cual será responsabilidad del beneficiario. La constitución de una propiedad fiduciaria no genera egresos tributarios adicionales.

Otra ventaja es que el fideicomitente podrá modificar o cancelar en el momento que lo considere la propiedad fiduciaria.

5. DESVENTAJAS DEL FIDEICOMISO O PROPIEDAD FIDUCIARIA

Una de las desventajas es la afectación que puede tener el fideicomitente en su vida financiera, teniendo en cuenta que dada la afectación de un bien por un fideicomiso no le será fácil obtener préstamos o refinanciar los activos afectados.

Algunas de las desventajas que se pueden ver reflejadas en los beneficiarios, es en los casos en que por parte de uno o varios de ellos exista inconformidad en la repartición de los bienes, incluso que haya quedado por fuera del fideicomiso, ya sea por voluntad de quien lo constituye o por que adquiere calidad de heredero en un término posterior a su constitución y no hubo modificación por parte del

fideicomitente, lo que desencadena procesos litigiosos engorrosos y extensos en el tiempo.

CAPITULO III. LA CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. DERECHOS FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON EL FIDEICOMISO

1.1. DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

La constitución de un Fideicomiso testamentario está directamente relacionado con el Derecho de a la Propiedad, establecido en el art. 58 de la Constitución Nacional:

ARTICULO 58. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 01 de 1999. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

Mediante pronunciamientos jurisprudenciales la Corte Constitucional atribuye características al derecho a la propiedad que determinan su importancia como derecho personal y su aplicabilidad conforme a la ley establecida:

Al derecho de propiedad se le atribuyen varias características, entre las cuales, se pueden destacar las siguientes: (i) Es un derecho pleno porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; (ii) Es un derecho exclusivo en la medida en que, por regla general, el propietario puede

oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) Es un derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue -en principio- por su falta de uso; (iv) Es un derecho autónomo al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) Es un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, y finalmente; (vi) Es un derecho real teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas⁴³.

Teniendo en cuenta la ley y los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto del derecho a la Propiedad Privada, es claro que este derecho debe ser protegido y respetado por el Estado y la Sociedad, pero también es cierto que el Estado se ha reservado las potestad de limitarlo con el fin de proteger el bien común o social.

Es compatible con el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada que el legislador establezca prohibiciones temporales o absolutas de enajenación sobre algunos bienes, siempre y cuando se acredite que las mismas, además de preservar un interés superior que goce de prioridad en aras de salvaguardar los fines del Estado Social de Derecho, mantienen a salvo el ejercicio de los atributos de goce, uso y explotación, los cuales no sólo le confieren a su titular la posibilidad de obtener utilidad económica, sino también le permiten legitimar la existencia de un interés privado en la propiedad.

La norma faculta a todo propietario a disponer de su patrimonio, bien puede este vender, donar o realizar cualquier acto traslativo de dominio que le permita la ley, sin trasgredir las normas que ya han sido establecidas y que limitan la mencionada disposición. Un ejemplo claro lo encontramos en el Código Civil que faculta al propietario para disponer de sus bienes a través del testamento, pero a su vez tiene como límite las normas sucesorales, las cuales establecen los porcentajes de disposición de los bienes, convirtiéndose estas en restricciones sobre el derecho de disposición de la propiedad privada. Esta limitación busca proteger los derechos de los herederos forzosos, establecidos en las asignaciones sucesorales, protegiendo la familia.

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189 de 2006 . M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

En el caso del Fideicomiso Testamentario, su constitución debe estar acorde con las disposiciones legales vigentes y limitantes al derecho de disposición de la propiedad privada.

1.2. DERECHO A LA LIBERTAD Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Los derechos a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad establecidos en los artículos 13 y 16 de nuestra Constitución Política:

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Estos derechos constitucionales están estrechamente ligados con el principio de autonomía de la voluntad privada, definida por la Corte Constitucional así:

El principio de autonomía de la voluntad privada ha sido definido como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres⁴⁴.

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 DE 2008. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

La autonomía de la voluntad es inherente a toda persona, pero nunca podrá ir en contra del orden jurídico y los derechos de los demás. En el caso que nos atañe, cualquier persona es libre de constituir un fideicomiso o propiedad fiduciaria, con fines testamentarios, siempre y cuando no trasgreda la ley y las buenas costumbres.

1.3. DERECHO A LA IGUALDAD

La igualdad es un derecho fundamental que está estipulado en la Constitución Nacional en su artículo 13.

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

La igualdad es un derecho fundamental, que proporciona los mismos derechos a toda persona, otorgándole dignidad. La Corte Constitucional en relación al derecho a la igualdad considera que: "...para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta, como afirma el artículo 13 en sus incisos 2º y 3º"⁴⁵. Además afirmo que: "...en el sentido de que todos los hombres deben ser

⁴⁵ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 29 de mayo de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

igualmente protegidos por la ley; que las cargas deben ser no aritméticamente iguales, sino proporcionales. Es preciso no olvidar jamás que queriendo realizar la igualdad matemática de los hombres, se corre fuerte riesgo de crear la desigualdad.”⁴⁶

El derecho a la igualdad aplicado a la constitución de un fideicomiso testamentario puede verse transgredido en los casos en que el fideicomitente realice una disposición de sus bienes, contraria a la disposición establecida en el Código Civil, Título V. De las asignaciones forzosas, Artículo 1226 y siguientes.

2. EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO VS EL DERECHO A LA IGUALDAD

Considerando que el Fideicomiso es una forma de partición del patrimonio en vida, la controversia por la vulneración al derecho a la igualdad se determina en los casos en los que existan hijos que al momento de la constitución del Fideicomiso Testamentario no han consolidado su relación paterno filial y de los terceros interesados futuros.

La ley es clara en la obligatoriedad que recae sobre toda persona de respetar las asignaciones forzosas al momento de disponer de sus bienes.

En el caso en que una persona al distribuir sus bienes ya sea mediante fideicomiso testamentario o propiedad fiduciaria, testamento o excesivas donaciones incumpla lo regulado por la ley en cuanto a las asignaciones forzosas, el presunto heredero podrá hacer cumplir su derecho a través de:

a. *La acción de rescisión con base en la reforma del testamento*⁴⁷, la cual puede ser interpuesta por asignatarios forzosos incluidos o no en el fideicomiso

⁴⁶ C.S.J. Sala Plena. Sentencia de marzo 5 de 1970. Ponente: Magistrado Luis Sarmiento Buitrago. G.J. Tomo CXXXVII bis, No. 2338 bis, pág. 72.

⁴⁷ Arts. 1274 y s.s. C.C.

en contra de los legitimarios o asignatarios. Esta acción prescribe en cuatro años, contados a partir de que el interesado tuvo conocimiento de la existencia del testamento y de su calidad de heredero, norma aplicable por analogía al fideicomiso testamentario.

b. La Acción de rescisión con base en la causal de donación excesiva, regulada por el artículo 1482 del Código Civil, con fines de restitución de lo excesivamente donado⁴⁸, figura estrechamente relacionada con los acervos imaginarios⁴⁹, y que tiene como fin la reconstrucción patrimonial del causante en el momento de su muerte, determinando como hubiese sido la repartición de los bienes si no se hubieran realizado donaciones excesivas.

c. Acción de Nulidad

El presunto heredero podrá solicitar la nulidad del contrato de fideicomiso o propiedad fiduciaria con base las causales establecidas en los artículos 1740 y siguientes del Código Civil.

d. Petición de herencia. Acción regulada por el artículo 1321 del Código Civil, que establece:

ARTICULO 1321. ACCION DE PETICION DE HERENCIA. El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños.

Para ejercer esta acción es necesario demostrar la calidad de heredero, y además se puede presentar junto con la del reconocimiento de Estado Civil. La Corte Suprema de Justicia ha manifestado en reiteradas ocasiones que “si bien es cierto que, como ha reconocido esta Corporación, es dable acumular a la demanda de

⁴⁸ Art. 1245 C.C.

⁴⁹ Art. 1243 y 1244 C.C.

filiación la acción de petición de herencia, no por ello la interposición de ésta se hace indispensable para deducir los efectos patrimoniales derivados de la condición de hijo extramatrimonial”⁵⁰. Siendo necesario recordar que la acción de petición de herencia prescribe en el término de diez años.

Teniendo en cuenta lo descrito, es claro que el legislador ha protegido los derechos hereditarios de los ciudadanos, y por tanto en ningún caso podrá verse vulnerado el derecho a la igualdad, razón por la cual, podemos determinar que la constitución de un fideicomiso no desconoce el derecho a la igualdad de los hijos no reconocidos ni de los futuros terceros interesados que en el momento de la constitución del fideicomiso no hayan sido incluidos.

⁵⁰ Sentencia Sala de Casación Civil del 5 de diciembre de 2008, Exp. No. 50001-3110-002-1999-02197-01.

CONCLUSIONES

- El fideicomiso o propiedad fiduciaria es una figura de gran importancia para la economía de nuestro país, debido a su aplicabilidad en la administración empresarial y los beneficios que conlleva cuando es utilizado en reemplazo de los procesos sucesorales
- El trámite notarial de partición patrimonial en vida de una persona, es un proceso que puede ser llevado a cabo mediante un fideicomiso, *“es un mecanismo que ayuda a resolver de manera concreta la problemática que suponen las simulaciones contractuales, como la compraventa en la que se entregan a uno o más herederos los bienes que debían liquidarse en la sucesión del causante después de su fallecimiento y que producen mayores dificultades a la hora de demandar por tratarse de procesos probatoriamente complejos. La misma situación se presenta en los casos de donaciones por causa de muerte porque las mismas se someten a la revocabilidad del donante e implican un gasto excesivo”*⁵¹.
- La constitución de un fideicomiso testamentario en ningún caso podrá violar los derechos hereditarios de los asignatarios forzosos. La ley actual en relación a las asignaciones forzosas establecidas en el Código Civil, son de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento, además Colombia es un Estado Social de Derecho y como total garantista de los derechos fundamentales de los ciudadanos.
- La constitución del Fideicomiso Testamentario o propiedad fiduciaria debe estar acorde a la ley, de lo contrario el interesado podrá hacer uso de la

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-683 de 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-683-14.htm>

acción judicial pertinente, para ejercer su derecho como heredero o legatario del causante dentro de un fideicomiso constituido por él.

- El patrimonio del deudor como prenda general de los acreedores, no puede verse afectada por el patrimonio autónomo que se crea con la fiducia mercantil, pues existen figuras legales tendientes a restituir los bienes del fideicomitente siempre y cuando las acreencias sean anteriores a la constitución del negocio fiduciario.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOGADAS.CO. Sucesión por Causa de Muerte. [en línea] [27 de Diciembre de 2015] disponible en: <http://tradicionbienes.weebly.com/sucesioacuten-por-causa-de-muerte.html>
- ARBOLEDA FIRARDO, Luis Enrique. Derecho Comercial, Sociedades, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1999, Página 208. Cita: Tesis de grado Universidad Javeriana, Facultad de Derecho, Especialización en Derecho Comercial, Las Acciones de la Sociedad Anónima, 2004.
- ASOFIDUCIARIAS. Cartilla Fiduciaria. [en línea] [10 de Abril de 2015] Disponible en: http://www.asofiduciaras.org.co/cartillaimport.aspx?id_cartilla=1.
- BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano, 6ª ed., Madrid, Editorial Reus, 1959.
- CALDERÓN, Aquiles. Caracterización y Antecedentes del Fideicomiso. [en línea] [10 de Abril de 2015] Disponible en: Disponible en: <http://redfiduciaria.org/sites/default/files/documentos/Caracterizaci%C3%B3n%20y%20antecedentes%20del%20fideicomiso%20dominicano,%20por%20Lic.%20Aquiles%20Calder%C3%B3n%20Rosa.pdf>.
- CASTRO SAENZ, Alfonso. Herencia y Mundo antiguo. Estudio del derecho sucesorio romano. Universidad de Sevilla. 2002. Pág. 158
- COFIDE. Fideicomisos. [En línea] [15 de Abril de 2015] Disponible en: <http://www.cofide.com.pe/fideicomisos/fideicomisos.html>.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1564 de 2012. “Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil
- CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1564 De 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

- CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 794 de 2003. Por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 25 de 1992. Por la cual se desarrollan los incisos 9, 10, 11,12 y 13 del artículo 42 de la Constitución Política.
- CONSTITUCIÓN POLITICA NACIONAL DE COLOMBIA. 1991.
- CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 57 de 1887 Código Civil Colombiano. Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189 de 2006. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 DE 2008. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-683 de 2014. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia del 29 de mayo de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia de marzo 5 de 1970. Ponente: Magistrado Luis Sarmiento Buitrago. G.J. Tomo CXXXVII bis, No. 2338 bis, pág. 72.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de diciembre de 2008. Exp. No. 50001-3110-002-1999-02197-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda
- ENGELS, Federico. Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. [en línea] [28 de Diciembre de 2015] disponible en: https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf
- GERENCIE.COM. ¿Se puede iniciar un proceso de sucesión ante un notario? [en línea] [15 de Abril de 2015]. Disponible en: <http://www.gerencie.com/se-puede-iniciar-un-proceso-de-sucesion-ante-un-notario.html>. MARÍN. Álvaro.

Preguntas y respuestas acerca de la Propiedad Fiduciaria. [en línea] [10 de Abril de 2015]. Disponible en: <http://www.crisisologia.com/propiedadfiduciaria.html>.

- MOLINA PORCEL, Martha. DERECHO DE SUCESIONES. La sucesión mortis causa. [En línea] [28 de Diciembre de 2015] Disponible en: <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro119/lib119-1.pdf>
- PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 2663 de 1950. Código Sustantivo del Trabajo
- PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Decretos números 1400 y 2019 de 1970. “Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil”.
- RENGIFO, Ramiro. La Fiducia. Fondo Editorial Universidad EAFIT. Medellín. 2001
- RODRÍGUEZ AZUERO Sergio, Negocios Fiduciarios. Legis Editores, 2005.p 49.
- SIERRA GUZMÁN, Martha Patricia. Tipos más usuales de Investigación. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. [en línea] [10 de Abril de 2015] Disponible en: http://www.uaeh.edu.mx/docencia/P_Presentaciones/prepa3/tipos_investigacion.pdf
- SOMARRIVA, Undurraga, Manuel. DERECHO SUCESORIO TOMO I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 2008. ISBN 9561016532. Pág. 24. Documento disponible en la Base de datos de la Universidad de la Sabana, Vlex.
- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Fiducia, Propiedad Fiduciaria-Acciones. Concepto 2012039564-012 del 17 de agosto de 2012.
- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Fiducia. Concepto 2001074437-1 del 14 de febrero de 2002
- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. concepto OJ-479 de Septiembre de 1973

- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. concepto 1997045453-4 del 14 de agosto de 1998
- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Circular Básica, lit. b), subnum. 2.9, num. 2 , cap. I, tít. V
- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. concepto 1998064123-1 de diciembre 4 de 1998
- VEIGA COPO. Abel B. & otros. Empresas de Familia Estrategias de Éxito y Permanencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2010. Pág.98.
- ZAMBRANO MUTIS, Ángela María. Gerencie.com. *Que se Entiende por Propiedad Fiduciaria*. [en línea] [10 de Abril de 2015] Disponible en: <http://www.gerencie.com/que-se-entiende-por-propiedad-fiduciaria.html>.