

**Consulta 2842 de 2013 ante la Oficina Asesora Jurídica
De la Superintendencia de Notariado y Registro**

Para: Doctor
Elías Pedro Méndez Moreno
Registrador de Instrumentos Públicos
Gacheta – Cundinamarca
ofiregisgacheta@supernotariado.gov.co

Asunto: Restitución de Fideicomiso
Escrito con radicado **SNR2013ER034625**
CR-005 Inscripciones

Doctor Méndez:

Atendiendo el escrito radicado con el número de la referencia mediante el cual eleva consulta a esta Superintendencia a través de la formulación de los siguientes interrogantes:

1. La restitución del fideicomiso opera de iure por haberse cumplido la condición?.
2. La restitución se requiere para consolidar la propiedad? Quien la realiza fallecido el fiduciario?.

Hechos

Mediante turno de radicación 2013-491 de fecha 21 de marzo de 2013, se inscribió la escritura pública número 137 del 16 de noviembre de 2012 de la Notaria Unica de Junin, por medio de la cual se declara la extinción del fideicomiso constituido sobre los dos inmuebles y se cancelan los usufructos también constituidos.

La Oficina de Registro efectuó la cancelación de los usufructos mas no la extinción del fideicomiso y la otorgante de la escritura solicita su inscripción.

Marco Jurídico

- Código Civil

Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica:

Sobre el particular, es necesario precisar que los conceptos emitidos por esta Oficina Jurídica, se ciñen a los parámetros establecidos por el artículo 28 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011 (Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), esto es, no son de obligatorio acatamiento o ejecución por los Registradores de Instrumentos Públicos y/o Notarios del país. Aquellos, simplemente reflejan el criterio que sobre una materia en particular pueda tener esta entidad y se profieren en desarrollo de las funciones asignadas por el decreto 2163 de 2011.

Fideicomiso Civil. Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución. (Art. 794, C.C.).

Las personas que intervienen en la constitución del fideicomiso civil son tres (3), el constituyente, el fiduciario y el fideicomisario. El constituyente, es la persona que instituye o crea el fideicomiso. Fiduciario: Es la persona que recibe la cosa con la carga de la restitución, pero eso se llama "propietario fiduciario", es dueño de la cosa hasta el día en que se cumpla la condición. Fideicomisario: Es la persona a quien debe hacerse la restitución que es "la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso" (Art. 794, C.C.), tiene la expectativa de ser dueño de la cosa mientras la condición está pendiente.

Como elementos de la propiedad fiduciaria tenemos, el constituyente, el fiduciario, el fideicomisario, la cosa fideicomitada, la condición y la restitución.

Una vez cumplida la condición se extingue el derecho del fiduciario y nace la del fideicomisario, para lo cual el fiduciario debe transferir al fideicomisario el dominio de la cosa.

Mientras la condición está pendiente, el fideicomisario tiene solamente la expectativa de llegar a ser dueño de cumplirse la condición, mientras tanto no tiene nada (artículo 820, C.C.). Por esta razón dispone el artículo 821 ibídem que "el fideicomisario que fallece antes de la restitución no trasmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa que

pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere", o si no se consolida la propiedad en el propietario fiduciario.

Después de cumplirse la condición, puede reclamar el fiduciario la restitución de la cosa, conforme lo dispone el artículo 794 inc. 1 del C.C.; una vez efectuada dicha restitución el fideicomisario se convierte en dueño absoluto de la cosa una vez se cumpla la condición, los bienes deben ser entregados al beneficiario.

Así las cosas, el fideicomisario puede no existir al constituirse el fideicomiso, pero debe existir, ser persona, al cumplirse la condición (art. 798 C.C.), porque una vez cumplida la condición, nace la obligación a cargo del fiduciario de entregar los bienes y del fideicomisario de aceptarlos y recibirlos.

Verificado el contenido de la escritura 137 de fecha 16 de noviembre de 2012 de la Notaria Unica de Junin - Cundinamarca, tenemos que los tres fideicomisarios para la fecha de otorgamiento del documento ya habían fallecido, originándose la no procedencia de la restitución, por cuanto ello eran los llamados a otorgar dicha escritura y no sus herederos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 821 del C.C. que estatuye, que si el fideicomisario o fideicomisarios fallecen antes de haber realizado el acto escriturario de restitución, no transmiten por testamento o *ab intestato* derecho alguno sobre fideicomiso, ni aun la simple expectativa que pasa *ipso jure* que pasa al sustituto o sustitutos, si los hubiere.

Si el fideicomisario que fallece antes de la restitución no transmite derecho alguno sobre el fideicomiso, es por la sencillísima razón de que en su patrimonio no existe ese derecho, no ha entrado a formar parte de él y, por consiguiente, no puede transmitirlo, cosa que no sucedería si ese derecho hiciera parte del patrimonio del fideicomisario, porque en general los bienes y derechos que constituyen el patrimonio de una persona son susceptibles de transmisión por testamento o *ab intestato*.

Refuerza la anterior argumentación el mandamiento preciso y terminante del artículo 1224 que ordena que ni el fideicomisario de primer grado, ni sustituto alguno llamado a ocupar su lugar, transmite su expectativa si falta, y esto es razonable porque el fideicomisario no se halla en caso de aceptar, hasta el momento de la restitución, aun cuando puede repudiarla antes de ese momento, lo que indica que antes de la aceptación del fideicomisario no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso.

α

Es necesario precisar que para esta Oficina no existe duda alguna que la condición establecida en el fideicomiso constituido en escritura 362 del 15 de agosto de 1927 se cumplió, mas los señores Caslida León, Panfila León y Jerónimo Teófilo Castillo León no exigieron a su fiduciario Lino Beltran el otorgamiento de la escritura pública de restitución una vez nació el derecho de la entrega de los inmuebles; acto que hoy en día no puede ser otorgado por sus herederos.

Así las cosas, esta Oficina considera que la forma de transferir el derecho de dominio de los bienes inmuebles es realizando el correspondiente juicio de sucesión.

Por lo anterior espero que sus interrogantes hayan sido absueltos de la mejor manera y seguiremos atentos a cualquier inquietud.

Atentamente,



MARCOS JAHER PARRA OVIEDO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyecto: Maria Esperanza Venegas Espita
Profesional Universitario
Revisó: Carlina Gomez Duran
Coordinadora Grupo de Apoyo Jurídico Registral