UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

LA PARTICIÓN EN VIDA Y OTRAS FIGURAS SIMILARES: PROTECCIÓN JUDICIAL A LOS ACREEDORES

Tesis para obtener el título de Abogado
Presentada por:

DANIEL HERNANDO DÍAZ URRIAGO
DAVID AUGUSTO TEJEIRO CARRILLO

Asesor:
Doctor Francisco Ternera Barrios

Bogotá D.C. Colombia
2015

Derecho es trabajo incesante, no sólo del Estado, sino de todo el pueblo.

Rudolf von Jhering

ÍNDICE

PREFACIO **7**

ABREVIATURAS **9**

INTRODUCCIÓN **10**

(I) PLANTEAMIENTO 10

(II) PROBLEMA JURÍDICO 12

(III) OBJETIVO 12

(IV) METODOLOGÍA 13

ABSTRACT **15**

CAPITULO I **17**

LA PARTICIÓN EN VIDA **17**

1.1 NOCIÓN Y GENERALIDADES. 17

1.2 PERSPECTIVA DESDE EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO 27

1.3 JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD 32

1.4 TRAMITE PROCESAL 39

1.4.1 JUDICIAL *39*

1.4.1.1 Generalidades 39

1.4.1.2. Jurisdicción y Competencia 40

1.4.1.3. Demanda y contenido 46

1.4.1.4. Procedimiento 48

1.4.2 NOTARIAL Y REGISTRAL *48*

CAPITULO II **48**

DESMEMBRACIÓN DE LA PROPIEDAD **48**

2.1 NOCIÓN Y GENERALIDADES 48

2.2 FIGURAS AFINES A LA DESMEMBRACIÓN DE LA PROPIEDAD 53

2.2.1 ENFITEUSIS. *54*

2.2.1.1 Origen. 55

2.2.1.2 Noción. 56

2.2.1.3 Características 57

2.2.1.4 Derechos del enfiteuta. 60

2.2.1.5 Obligaciones del enfiteuta. 61

2.2.1.6 Derechos del dueño del bien. 61

2.2.1.7 Obligaciones del dueño del bien. 62

2.2.1.8 Finalidad. 63

2.2.1.9 Diferencias Con Otras Figuras. 64

2.2.2 USUFRUCTO *65*

2.2.2.1 NOCIÓN. 65

2.2.2.2 CARACTERÍSTICAS. 65

2.2.2.2.1. Formas de constitución. 66

2.2.2.2.2 Coexistencia de derechos. 66

2.2.2.2.3 Personas que participan en el acto. 67

2.2.2.2.4 Derechos del usufructuario. 68

2.2.2.2.5 Obligaciones del usufructuario. 69

2.2.2.2.6 Clases de usufructo. 70
2.2.2.2.7 Formas de terminación del Usufructo. 70
2.2.2.3 FINALIDAD. 71
2.2.2.3.1 Evitar procesos de sucesión e inclusión de hijos extramatrimoniales 71
2.2.2.3.2. Disminución de la cobertura de la medida cautelar. 72
2.2.2.4 DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS. 73
2.2.3 USO Y HABITACIÓN 75
2.2.3.1 CONCEPTO. 75
2.2.3.1.1 Diferencias entre uso y habitación. 75
2.2.3.1.2 Diferencia con el derecho de usufructo. 76
2.2.3.2 CARACTERÍSTICAS. 77
2.2.3.2.1 Coexistencia de derechos. 77
2.2.3.2.3 Personas que participan en el acto. 78
2.2.3.3 Derechos del usuario y habitador. 79
2.2.3.4 Obligaciones del usuario y habitador. 79
2.2.3.5 Derecho Personalísimo. 80
2.2.3.6 Finalidad. 80
2.2.3.7 Diferencias. 80
CAPITULO III 83
PATRIMONIO COMO GARANTÍA GENERAL 83
3.1 NOCIÓN Y GENERALIDADES 83
3.2 FIGURAS AFINES A LA GARANTÍA 85
3.2.1 GARANTÍAS TRADICIONALES 85
3.2.1.1 CONTRATO DE HIPOTECA 85
3.2.1.1.1 Noción 85
3.2.1.1.2 Características. 86
3.2.1.1.3 Partes que intervienen. 89
3.2.1.1.4 Derechos y obligaciones del acreedor. 90
3.2.1.1.5 Derechos y obligaciones del deudor o constituyente. 92
3.2.1.1.6 Constitución. 93
3.2.1.1.7 Extinción. 95
3.2.1.2 CONTRATO DE PRENDA CIVIL 96
3.2.1.2.1 Noción 96
3.2.1.2.2 Características 97
3.2.1.2.3 Partes que intervienen 98
3.2.1.2.4 Derechos y obligaciones del acreedor 99
3.2.1.2.5 Derechos y obligaciones del deudor 100
3.2.1.2.6 Constitución. 101
3.2.1.2.7 Extinción. 102
3.2.1.3 CONTRATO DE PRENDA COMERCIAL 102
3.2.2 GARANTÍAS MOBILIARIAS 104
3.2.2.1 Noción 105
3.2.2.2 Constitución 106
3.2.2.3 Derechos y obligaciones de las partes 107
3.2.2.4 Oponibilidad 108
3.2.2.5 Registro 108
CONCLUSIONES 109
ANEXOS 117
AGRADECIMIENTOS 121

PREFACIO

Al referirse al derecho civil se hace alusión, en gran cantidad de ocasiones, a figuras de estirpe milenaria, y por ende, generalmente, es obligatorio llevar a cabo un análisis de los orígenes de los instrumentos jurídicos actuales, en relación con su pasado en el derecho romano, ya que este es la cuna de la mayoría de estos, o al menos, todas las instituciones, en su esencia, se componen de alguna figura creada durante su vigencia. No obstante, al referirse a la partición en vida, no resulta necesario ahondar en los orígenes establecidos en el tan conocido derecho justinianeo, o sus regulaciones precedentes, ya que ésta figura es novedosa en la medida que responde a las necesidades actuales de la sociedad.

En este orden de ideas, es imperante tener en cuenta que llevar a cabo un estudio histórico-jurídico acerca de la evolución de esta figura no nos transportaría más allá de unas décadas en el pasado, aunque por otra parte, existen figuras afines que se remontan a la antigua Roma, y que pueden ser pertinentes al momento de estudiar a la institución jurídica en cuestión, tal como es el caso de la enfiteusis, el usufructo y el derecho de uso habitación.

La importancia de la presente investigación radica en determinar los efectos que se derivan de la aplicación de la figura frente a los derechos de los terceros acreedores, puesto que, como es sabido, en la actualidad las personas utilizan las herramientas jurídicas establecidas en los ordenamientos normativos para sacar provecho y

privilegiar los intereses propios, incluso cuando estos afectan directa e injustamente a terceros.

Así las cosas, es en este punto en el que puede entenderse el fin primordial de la figura, dado que esta busca evitar que las personas realicen negocios jurídicos en contra de los derechos de los demás. Por tanto, el objetivo principal del presente trabajo es observar las consecuencias de la aplicación de esta figura desde distintos puntos de vista. El primero determinar los alcances de la figura desde las diferentes modalidades que consagra el texto del parágrafo, es decir con reserva del usufructo o sin reserva del mismo. El segundo, es establecer el rol del juez al momento de dar la autorización para aplicar la figura; lo cual resulta sumamente importante, ya que al tratarse de una figura innovadora en materia de derecho procesal, y siendo su resolución de única instancia, la interpretación y decisión del juez genera una especial atención. Finalmente, el tercer punto sujeto de análisis y tesis central de este estudio responde a analizar las consecuencias frente a terceros acreedores al momento de aprobarse mediante sentencia judicial la aplicación de presente figura.

ABREVIATURAS

Código Civil	C.C.
Código Civil y de Comercio Argentino	C.C.Co
Código Civil Español	C.C.E
Código Civil del Estado Soberano de Puebla	C.C.P.
Código de Comercio	C.Co.
Código General del Proceso	C.G.P.
Código de Procedimiento Civil	C.P.C.
Constitución Política de Colombia	C.P
Corte Constitucional	C. Const.
Corte Suprema de Justicia	C.S.J.

INTRODUCCIÓN

(i) Planteamiento

"Sin la justicia no es posible definir el derecho. La justicia es un horizonte en el paisaje del derecho, horizonte que pertenece al paisaje mismo"[1].

Es evidente, y quizás necesario, que todo aquel que se dirige a emprender el estudio de las ciencias jurídicas, se vea en la necesidad de definir qué significa Derecho, y por ende, que significa Justicia puesto que son estas las bases para el correcto desarrollo de la profesión de un abogado. No obstante, dicha tarea a pesar de parecer sencilla, resulta ser mucho más complicada de lo que se cree, y prueba de ello, son la gran cantidad de textos jurídicos existentes, - y que seguirán aumentando-, dirigidos a definir éstos dos conceptos que se tornan fundamentales para todos aquellos que persiguen el conocimiento por medio de una formación jurídica.

En este sentido, no es posible encontrar una única acepción sobre estas dos nociones, y mucho menos definir una sola como la correcta o la adecuada, ya que cada cual aborda años de trabajo, dedicación y sacrificio. Al punto que desestimarla sería un acto de completa irresponsabilidad, principalmente si se tratan de establecer las bases para la elaboración de un estudio como el que será presentado a continuación. Sin embargo, entrar a discutir las nociones que por años han sido

[1]Lacambra, Legaz, *Filosofía del Derecho,* Bosch; Barcelona. 1953.

interpretadas y perpetuadas por autores como Finnis, Hart, Kelsen, Dworking, entre otros, supone un análisis por lo menos riguroso de cada una de ellas; y ya que el presente estudio se refiere a una investigación de Derecho Civil, se estima conveniente dirigir esta parte del ensayo a una evaluación de los motivos por los cuales existen estas normas, y cuál es el fin último de las mismas.

En este orden de ideas, es elemental determinar que el Derecho Civil, "*es aquel conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas de los particulares y que las protegen en sí misma y en sus intereses de orden moral (derechos de la personalidad), familiar y patrimonial"*. [2]

Así las cosas, siendo las relaciones entre particulares la finalidad última de las normas del Derecho Civil, es necesario advertir que las mismas se crean, modifican o derogan, en virtud de los cambios culturales y las prácticas sociales que se llevan a cabo dentro de determinado grupo social. Entonces, es posible admitir que cada disposición de carácter civil responde a una necesidad colectiva de regular cierta costumbre que afecta directamente las relaciones entre individuos de una misma sociedad.

Siguiendo este patrón, el legislador colombiano se ha puesto en la tarea de darle un desarrollo legislativo a prácticas mediante las cuales las personas llevan a cabo actos y negocios, encaminados a la producción de efectos jurídicos, entre las

[2] Valencia Zea, Arturo, Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho Civil*, Tomo I ,Parte general y personas , TEMIS; Bogotá D.C., 2000.

cuales se encuentra la figura objeto de estudio, denominada la *partición del patrimonio en vida.*

No obstante, en ocasiones dichas normas no logran el objetivo para el cual se edifican, y por el contrario terminan siendo un medio ineficaz e inservible para el correcto funcionamiento de las relaciones sociales.

(ii) Problema jurídico

El problema a raíz del cual se plantea la presente investigación, parte de una hipótesis concreta, la cual hace referencia a la aplicación de la partición en vida por parte de una persona que tiene la calidad de deudor frente a terceros. En este sentido, al repartir su patrimonio de la forma prevista en la norma estudiada, se genera cierta inquietud respecto a las consecuencias de las obligaciones que tiene a su cargo, toda vez que el parágrafo en el cual se contiene la presente figura no señala algún medio a través del cual se puedan proteger los acreedores.

Con base en esa hipótesis, la investigación se dirige a buscar respuesta a la siguiente pregunta:

¿ Afecta la partición en vida los derechos de terceros acreedores del partidor?, y de ser así, ¿como pueden ser protegidos?.

(iii) Objetivo

El objetivo de esta tesis se centra en analizar los distintos aspectos que componen a la figura antes mencionada, así como también determinar la finalidad

bajo la cual fue creada, entender sus efectos jurídicos, las posibles limitaciones que posea la misma, y, finalmente, desarrollar una de las tantas problemáticas que se generan a partir de la aplicación de esta en la sociedad colombiana.

Además de lo anterior, y teniendo en cuenta la precariedad existente en cuanto a la existencia de textos jurídicos encaminados al desarrollo de la figura a tratar, el presente escrito se erige como una posibilidad real de unificación de criterios frente a la aplicación de la misma, buscando entonces convertirse en un medio a través del cual las personas que puedan llevar a verse involucradas con la partición en vida, ya sean como posibles partidores del patrimonio, o como jueces, encuentren en este estudio una solución a las diferentes dudas que origina emplear una herramienta jurídica de las características de la partición en vida.

(iv) Metodología

Con miras a cumplir con la investigación se ha propuesto estudiar cómo la partición en vida, como un instrumento novedoso en el ordenamiento jurídico colombiano, puede afectar los derechos de terceros acreedores, teniendo en cuenta que la misma es una figura por medio de la cual es posible suceder en vida el patrimonio, o parte de este, a los herederos.

En este orden de ideas, la presente monografía constará de cuatro capítulos fundamentales, en los cuales se abordaran distintos temas con miras a desarrollar la inquietud planteada.

Así las cosas, en el primer capítulo se llevara a cabo un estudio acerca de lo que es la partición en vida en estricto sentido y sus generalidades. Posteriormente, se contrastará la figura con la aplicación en la legislación argentina en razón a que dicho ordenamiento posee un engranaje jurídico más amplio respecto a la regulación de esta herramienta, además se hará una evaluación acerca de la sentencia de constitucionalidad que declaró exequible la partición en vida en Colombia. Finalmente, se hará un repaso frente al tramite procesal que se debe seguir para emplear la figura y se resolverán algunas dudas que genera la aplicación de la misma.

Posteriormente, en el segundo capítulo, se expondrá todo lo relacionado con la desmembración de la propiedad, dado que, la partición en vida se debe analizar teniendo en cuenta algunas figuras que desarrollan dicha desmembración, como lo son el usufructo, el uso y habitación o, incluso, la enfiteusis, puesto que esto permite determinar cuál de estas afecta en mayor proporción a los acreedores, y cuál resulta ser más beneficiosa, en términos principalmente patrimoniales, para los mismos.

A su vez, en el tercer capítulo se analizará lo correspondiente a las garantías existentes, puesto que, dependiendo de la constitución de las mismas sobre los bienes del partidor es posible deducir hasta qué punto puede un acreedor ver afectados sus derechos sobre la deuda que tiene a su favor.

Finalmente, se expondrán las conclusiones emergidas del presente estudio, junto con unos breves comentarios, a través de los cuales se pondrá de presente la posición tomada a raíz de la investigación realizada.

ABSTRACT

El propósito del tema a desarrollar a través de este documento es el de analizar y comprender, bajo una óptica crítica y reflexiva, la institución jurídica de la partición en vida, su noción, regulación y efectos, con miras a determinar los posibles perjuicios que pueda generar la aplicación de esta figura a los acreedores de quien lleva a cabo la misma.

Basados en dicho objetivo, se expone a la partición en vida como institución jurídica, analizando el fallo de la Corte Constitucional mediante el cual se declara su exequibilidad, y contrastándola con la partición por donación, usada en Argentina, como referente extranjero. Así mismo, son abordadas distintas instituciones jurídicas cuyo análisis permite denotar el alcance de la partición en vida en la práctica social colombiana, y a su vez, determinar cómo puede verse afectado el patrimonio de aquellos terceros que fungen como acreedores del partidor.

Palabras Clave: Derecho civil; Partición en vida; Acreedores; Código General del Proceso; Juez.

ABSTRACT

The purpose of the theme that will be developed through this document is to analyze and understand, under a critical and reflexive view, the legal institution of the "partición en vida", the definition, regulation and effects, aiming to identify the possible damages that this institution can generate to the creditors of the person who is going to applicate this legal mechanism.

Based on this objective, the "partición en vida" is exposed as a legal institution, analyzing the decision of the Constitutional Court of Colombia, whose content the constitutionality of the institution, and comparing it with the similar figure used in Argentina, as an international referent. In that way, there are studies about different legal institutions, whose analysis allows us to identify the scope of the "partición en vida" in the Colombian social practice, and determine how the credits of that people who serve as creditors of the testator can be affected.

Key Words: Civil law; "Succession in life"; Creditors; Código General del Proceso; Judge.

CAPITULO I
LA PARTICIÓN EN VIDA

1.1 NOCIÓN Y GENERALIDADES.

La partición en vida, surge como una figura novedosa, atrayente y polémica dentro del Código General del Proceso, no solamente por ser una reforma de carácter sustancial dentro de un estatuto procedimental, sino también, por todo lo que a su vez representa dicha herramienta, y los posibles conflictos que pueden llegar a generarse a raíz de la aplicación de la misma en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para empezar a realizar un análisis concienzudo, crítico y detallado es necesario partir de la determinación de la figura en cuestión, desde su noción hasta sus efectos, pasando por los posibles aprietos que puedan producirse con ocasión a la implementación de la misma, y las dificultades prácticas que conlleva aplicar tal herramienta. Lo anterior, con miras a analizar, la que al parecer es la mayor dificultad que pueda atravesar en términos reales el uso de este mecanismo proporcionado por el parágrafo del artículo 487 del Código General del Proceso, para celebrar sucesiones en vida. La cual es la disminución del patrimonio como prenda general de los acreedores, y la afectación por esta vía a terceros acreedores de buena fe.

En primer lugar, es imperante traer a colación el contenido del mencionado parágrafo con miras a analizar desde su redacción, sus alcances y estructura normativa.

Artículo 487. […]

Parágrafo.

La partición del patrimonio que en vida espontáneamente quiera efectuar una persona para adjudicar todo o parte de sus bienes, con o sin reserva de usufructo o administración, deberá, previa licencia judicial, efectuarse mediante escritura pública, en la que también se respeten las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales. En el caso de estos será necesario el consentimiento del cónyuge o compañero.

Los herederos, el cónyuge o compañero permanente y los terceros que acrediten un interés legítimo, podrán solicitar su rescisión dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que tuvieron o debieron tener conocimiento de la partición.

Esta partición no requiere proceso de sucesión.

En tal efecto, resulta entonces comprensible lo dispuesto en la norma citada, dada su redacción clara y elocuente, más no completa, debido a los vacíos que deja la norma y que deben entrar a ser llenados por la doctrina y la jurisprudencia, en la búsqueda de una aplicación eficaz de la misma. De este modo, a la luz de la disposición en cuestión, es posible identificar ciertos atributos esenciales a la hora de identificar esta figura, entre los cuales se encuentran:

1. Adjudicación del patrimonio en todo o parte de sus bienes, lo cual no merece mayor comentario, salvo aclarar que, quien pretende realizar la partición parcialmente deberá tomar dicho patrimonio como un todo, y aplicar a este las reglas que recibiría la totalidad del mismo.

2. Con o sin reserva de usufructo o administración, es decir, quien realiza la partición o un tercero, podrá conservar los bienes a título de usufructo o ejerciendo la administración del bien o los bienes, lo cual debe quedar establecido en escritura pública.

3. Previa licencia judicial, lo cual indica que debe existir un trámite judicial que preceda a la partición, el cual se regirá por las reglas de los procesos de jurisdicción voluntaria, según lo aclaró la C. Const. en los siguientes términos:

> *la norma acusada contiene la obligación de no desconocer las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales en el proceso de partición, lo cual se asegura mediante la licencia judicial previa, que remite al artículo 577 del Código General del Proceso, referido a los procesos de jurisdicción voluntaria.*

4. Efectuarse mediante escritura pública. Por lo que se trata de un acto solemne.

5. Respeto a las asignaciones forzosas, derechos de terceros, y gananciales; puesto que, tratándose de un trámite destinado a la sucesión del patrimonio deben respetarse las distintas reglas que rigen a la misma, ya que el efecto pretendido es jurídicamente el mismo.

6. Consentimiento del cónyuge o compañero/a permanente.

7. Quien acredite interés legítimo, podrá solicitar la rescisión de la partición siempre que no hayan transcurrido dos años desde su conocimiento, o el momento en que debió haber conocido. Este término es a plenas luces prudencial para quien se vea afectado por la partición, ya que los dos años cuentan para la solicitud de la recisión, y no la recisión en sí misma. Sin embargo, la expresión *"el momento en que debieron tener conocimiento de la partición"* torna sumamente subjetivo este término, razón por la cual el juez deberá interpretar de la manera más justa dicha expresión, y entenderla de manera objetiva basado en la interpretación analógica de las normas de sucesiones si es necesario, puesto que, de interpretarse arbitrariamente podría conllevar a una vulneración expresa al derecho de acceso a la administración de justicia, y debido proceso; no obstante lo anterior, en tratándose de bienes que requieren un registro, se contaran los dos años, una vez se inscriba la escritura publica en el folio.

8. Esta partición no requiere proceso de sucesión, lo cual se hace elemental en el entendido de que esta figura pretende ser una vía alterna mediante la cual sea posible evitar el proceso de sucesión.

En segundo lugar, se consideran sustanciales a la hora de realizar el presente estudio, entender los motivos por los cuales el Legislador se inclinó por la adopción de la partición en vida, como mecanismo para transmitir el dominio a título gratuito dentro de nuestro sistema jurídico. Para esto, se hace elemental traer a colación algunos conceptos de quienes con su viva intervención en la elaboración del Código

General de Proceso, dan fe de los motivos que se tuvieron en cuenta para incluir la disposición en cuestión, dentro del novedoso estatuto procesal.

En este orden de ideas, se encuentra con que la partición en vida, para el Dr. Jorge Forero Silva, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, es un *instrumento que contrarresta actos jurídicos complejos y simulados que realiza el titular del dominio para evitar juicios de sucesión, tales como la constitución de sociedades, aportando sus bienes; la simulación de compraventas, o la celebración de fiducias.*[3]

A su vez, el Dr. Marco Antonio Álvarez, igualmente miembro del Instituto, afirma que *"…el legislador no ve con buenos ojos la transferencia de bienes a título gratuito, por lo que se ha vuelto costumbre eludir las sucesiones por causa de muerte para evitar tortuosos juicios sucesorales que, tras el fallecimiento, se erigen en escenarios de conflicto entre familiares que no esconden su confesado propósito de hacerse a un patrimonio que les era ajeno, pero que se ha hecho propio por fuerza de un hecho inevitable"*

Por otra parte, señala que, *"La posibilidad de testar se ofrece insuficiente porque, en todo caso, el proceso de sucesión es forzoso, así el testador hubiere hecho la partición, y el testamento, sea el que fuere está sujeto a impugnaciones de las que su*

[3] Forero Silva, Jorge, "La partición del patrimonio en vida*", Ámbito Jurídico,* 2015, en http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Especiales/la-particion-del-patrimonio-en-vida.asp, consulta el 2 de Octubre de 2015.

autor no se podrá defender (…) para muchos es mejor fingir ventas, porque la voluntad del que va a morir se materializa en vida.[4]

En ese contexto, es posible admitir que la partición en vida nace como un mecanismo para darle un trámite legal a todas aquellas situaciones y actos jurídicos tendientes a eludir la sucesión por causa de muerte, dada la inseguridad que esta genera para el partidor, con respecto a la transmisión de sus bienes. De esta forma, la sucesión en vida, como es también llamado el mecanismo en cuestión, se erige como una posibilidad real de que el causante determine por medio de una especie de testamento, sin ser un testamento en sí mismo, la disposición de su patrimonio. Siempre y cuando, respeten las restricciones legales, asegurando así la materialización de su voluntad, la cual de ser impugnada, podrá ser defendida por el mismo testador, saneando cualquier tipo de nulidad o reestructurando su partición si es del caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo que se busca de fondo con esta figura es evitar procesos simulados mediante los cuales se traspasa el dominio de los bienes de quien previene su muerte, otorgándole una vía legal mediante la cual se dé seguridad jurídica a su pretensión, previniendo procesos de simulación a través de los cuales sea posible desenmascarar aquellos negocios fraudulentos. [5]

---

[4] Álvarez Gómez, Marco Antonio, *Ensayos sobre el Código General del Proceso, vol.* I, Bogotá D.C., TEMIS, 2014, p. 99.

[5] En este punto es necesario agregar que no solo se contempla la acción de simulación como un medio ideal para contrarrestar actos fraudulentos tendientes a afectar al acreedor, sino que además se cuenta con la acción pauliana, la acción oblicua, y la nulidad por causa ilícita, las cuales tienen efectos y ámbitos de aplicación diferentes. En primer lugar es posible observar que la acción pauliana o de

No obstante, esta herramienta parece no ser un medio idóneo para los particulares, o por lo menos eso lo demuestra su remota, o quizás nula aplicación, teniendo en cuenta que a la fecha no se conocen casos en los cuales se haga uso de la misma a pesar de estar vigente desde el 1 de Octubre de 2012, a la luz del artículo 627 numeral 4 del Código del Proceso, referente a las vigencias de sus disposiciones.

Lo anterior puede ser explicado a partir de la cantidad de dudas que genera la figura en sí misma, y la desconfianza que representa, puesto que, para pocos es claro cómo funciona finalmente, y que efectos jurídicos genera la misma. Ya que si bien la C. Const. señaló que los vacíos deben llenarse con las disposiciones de la sucesión por causa de muerte, aún quedan serios interrogantes por definir, entre los cuales se

---

revocatoria, de acuerdo con el artículo 2491 del C.C., tiene como primer efecto la rescisión de los contratos o actos realizados por el deudor en perjuicio de los acreedores. En este caso el contrato, por ejemplo compraventa, si es un contrato existente y verdadero de acuerdo a las voluntades de las partes. En cambio en la simulación el acto o contrato es aparente o nunca existió, por ejemplo se dice que fue compraventa cuando en realidad fue donación, o se dice que fue donación cuando en realidad esta nunca existió. En cuanto a la acción pauliana también podemos identificar que esta requiere el elemento de la mala fe para su procedencia, en cambio en la de simulación basta con la existencia de un contrato o acto real y otro aparente. En segundo lugar encontramos respecto a la acción oblicua que esta se utiliza cuando los acreedores ejercitan los derechos del deudor cuando este no los quiere ejercer con el fin de evitar honrar su obligación. Podemos ver el caso establecido en el artículo 1295 del C.C. que faculta a los acreedores del deudor a aceptar la herencia por este ultimo cuando esta la repudia en perjuicio de los acreedores. Otro caso es el consagrado en el articulo 1451 C.C. que faculta a los acreedores a aceptar la donación, herencia o legado cuando el deudor la ha repudiado. En este orden de ideas, se trata pues de una legitimación extraordinaria de los acreedores para ejercer los derechos que le corresponden al deudor cuando este no los quiere ejercer en perjuicio de los acreedores. En tercer lugar en lo referente con la nulidad por causa ilícita es importante establecer que se trata de una nulidad absoluta de acuerdo con los artículos 1740 y 1741 del C.C.. Ahora, de acuerdo con el articulo 1524 del C.C. por causa ilícita se entiende " la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o el orden público" . Se puede sostener entonces que cuando se realice un acto o contrato con la intensión de disminuir el patrimonio en perjuicio de los acreedores, la causa de la obligación es ilícita, por tanto el contrato seria nulo absolutamente.

encuentran los siguientes, según el Dr. José Antonio Cruz Suarez, Honorable Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali[6]:

> *(i)Si entre el momento entre la distribución y la muerte se adquieren otros bienes sobre los cuales es necesario tramitar un proceso de sucesión ¿Se toman los bienes adjudicados en vida como acumulaciones imaginarias?*
>
> *(ii)Se señala que la distribución debe respetar las asignaciones forzosas, ¿quiere ello decir que si la persona no tiene asignatarios forzosos, pero sí herederos del tercer y cuarto orden hereditario, todo es de libre disposición?*
>
> *(iii)¿La oposición en liquidar la sociedad conyugal o patrimonial por parte de un cónyuge o compañero permanente, o la de un alimentario con sustento en que se merma la capacidad económica del alimentante-partidor frustra la partición?*
>
> *(iv)¿La rescisión de la partición desvanece la acción de petición de herencia?*

Sin embargo, entrar a responder cada uno de estos interrogantes haría aún más complejo este estudio, puesto que analizar cada uno de estos aspectos se tornaría en una tarea sumamente dispendiosa. Además, superaría de lejos, los límites impuestos para la elaboración de una monografía de grado. Razón por la cual, como se anotó anteriormente, se ha tomado como punto de partida y tema central de esta tesis, la

[6] Cruz Suarez, José Antonio, "La partición del patrimonio en vida*", Ámbito Jurídico,* 2015, en http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Especiales/la-particion-del-patrimonio-en-vida.asp, consulta el 2 de Octubre de 2015.

noción del patrimonio como prenda general de los acreedores, y cómo se ve afectada la garantía en razón al uso de la partición en vida.

Así mismo, es necesario analizar la naturaleza jurídica de la partición en vida, la cual a la luz de la Corte Constitucional, en sentencia de constitucionalidad del año 2014 consiste:

> *En un nuevo procedimiento para transferir gratuitamente el dominio que permite a una persona adjudicar una parte o la totalidad de sus bienes, con o sin reserva de usufructo o administración, previo cumplimiento de ciertos requisitos y sin necesidad de acudir a un proceso de sucesión.* [7]

Lo anterior, en términos de la Corte, en contraposición a la sucesión por causa de muerte y la donación entre vivos como medios tradicionales de disponer de los bienes a título gratuito. Sin embargo, a diferencia de los mencionados, la partición en vida se limita en cuanto a su regulación, a lo enunciado en el parágrafo del artículo 487 del C.G.P, de tal forma que sus alcances y efectos, deben ser tenidos en cuenta con relación a las normas existentes sobre sucesión por causa de muerte y la donación entre vivos. Toda vez que la presente figura comparte ciertas características con dichas formas de transmisión del dominio, y por ende, en lo similar debe aplicarse la analogía para llenar los vacíos legales que posee este instrumento jurídico.

En ese contexto, es imperante para este estudio determinar hasta qué punto es similar la partición en vida con las instituciones antes mencionadas, y qué

[7] Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-683, 10 de Septiembre de 2014, Mauricio González Cuervo, Expediente D 10113.

características pueden ser aplicables vía analogía. De tal forma que, para estos efectos en la sentencia nombrada, la Corte Constitucional elaboró un cuadro, en el cual es posible determinar ciertas características propias de las tres figuras, y algunas que son afines en las mismas[8] *(Ver anexo 1).*

El presente cuadro muestra los aspectos característicos de cada una de las instituciones, ilustrando puntos en los que son enteramente distantes entre sí, como lo correspondiente a la naturaleza de cada una, y algunos en los que son enteramente similares como en lo referente a la existencia de las personas a las que se le van a transmitir los bienes, incluyendo incluso, la aplicación de las excepciones que trata artículo 1019 del Código Civil, entendidas como:

1. Las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los diez años subsiguientes a la apertura de la sucesión.

2. Valdrán con la misma limitación las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador."

En vista de lo anterior, por un lado, se demuestra que además de ser figuras cuya finalidad en aspectos prácticos es la misma, en su constitución y ejecución tienden a ser bastante similares. Por ende, es posible considerar que las normas de una u otra herramienta pueden ser aplicables en determinados casos a la partición en vida,

[8] Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-683, 10 de Septiembre de 2014, Mauricio González Cuervo, Expediente D 10113.

excluyendo de esta forma que pueda tratarse de un error del Legislador el hecho de determinar cómo suficiente el parágrafo del artículo 487 del C.G.P para regular la figura en cuestión.

Por otro lado, existe un tema que podría inquietar, e incluso hacer desistir a quien pretende llevar a cabo la partición en vida, y se trata del tema tributario. Toda vez que según el Dr. Jorge Forero Silva, al ser un acto de disposición de los bienes a título gratuito en vida, es susceptible de un decreto reglamentario que regule todo lo concerniente a los impuestos que se derivan de la aplicación de la partición en vida.[9] Sin embargo, a juicio la Corte Constitucional, dicho decreto no es requerido en estricto sentido, debido a que en consonancia con lo indicado anteriormente, es posible aplicar normas de la sucesión por causa de muerte dada la cercanía de las figuras y la finalidad misma de estas, indicando que "*deberán aplicarse a las particiones las mismas cargas fiscales de las sucesiones que corresponden a los asignatarios*[10] *".* De tal forma que lo relacionado con los tributos que genera la aplicación de la partición del patrimonio en vida, podría analizarse a la luz de las normas que regulan la institución en cuestión, y hacer una aplicación extensiva de los artículos 302 y 303 del Estatuto Tributario.

1.2 PERSPECTIVA DESDE EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

[9] Forero Silva, Jorge, "La partición del patrimonio en vida*", Ámbito Jurídico,* 2015, en http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Especiales/la-particion-del-patrimonio-en-vida.asp, consulta el 2 de Octubre de 2015.

[10] Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-683, 10 de Septiembre de 2014, Mauricio González Cuervo, Expediente D 10113.

Está claro que llevar a cabo un estudio de estas características conlleva a analizar el instrumento jurídico a la luz de legislaciones extranjeras en donde dicha herramienta tenga cierta trascendencia, puesto que, estudiándola desde esta perspectiva es posible encontrar deficiencias normativas dentro de nuestro ordenamiento, o por el contrario, concluir que este instrumento ha sido regulado de manera satisfactoria y elocuente.

En virtud de lo anterior, hemos decidido tomar al Código Civil Argentino como punto de referencia, dado que en dicho ordenamiento la partición por donación – como es llamada la partición en vida-, posee un andamiaje jurídico más amplio de lo que se ha estimado en Colombia, y es una de las pocas codificaciones en la cual se establece la figura.

En ese contexto, se observa que dicha figura se encuentra regulada entre los artículos 3514 al 3538 del Código Civil y Comercial, dentro del capítulo VI del título VI, denominado: "De la división hecha por el padre o la madre y demás ascendientes, entre sus descendientes".

Dentro de dicha regulación es posible observar distintas disposiciones contrarias a lo que se ha estipulado en Colombia, las cuales serán analizadas a continuación, con miras a poner en evidencia la singularidad de la herramienta establecida por el Código General del Proceso, con respecto a lo preceptuado en el ámbito internacional.

Basado en lo anterior, el propósito de la remisión al derecho comparado es examinar la institución fundada en Colombia como un instrumento separado y

diferente a los señalados en legislaciones extranjeras, aunque no obstante, puede ser susceptible de una aplicación analógica en los casos cuya reglamentación sea deficiente, aun cuando se haya acudido a lo dispuesto para las sucesiones por causa de muerte o las donaciones.

Acto seguido, se procederá a enunciar cada uno de las normas en las cuales se establezcan disposiciones relevantes relacionadas con la partición por donación y como ha sido el tratamiento en Colombia respecto a cada aspecto expuesto.

En primer lugar, el artículo 3516 de la codificación argentina indica que la "*La partición por donación sólo podrá hacerse por entrega absoluta de los bienes que se dividen, transmitiéndose irrevocablemente la propiedad de ellos",* lo cual contradice expresamente lo redactado por el parágrafo del artículo 487 del nuevo estatuto procesal colombiano, toda vez que en el mismo se deja claro que será posible hacer la partición en vida con o sin reserva de usufructo o administración de los bienes.

Por otra parte, indica el mismo artículo que dicha partición debe ser aceptada por los herederos, lo cual en Colombia a la luz de las normas sobre sucesiones, es entendible que el heredero deba aceptar dicha partición a su favor, lo cual debe ir precedido por el consentimiento del cónyuge o compañero o compañera permanente.

Del mismo modo, se enuncia en la normatividad argentina que la partición no puede estar sujeta a condiciones que dependan de la voluntad única del disponente, lo cual, da a entender que podrán establecerse condiciones siempre que esta no sea potestad única del partidor, situación que no ha sido tenida en cuenta por el legislador

colombiano; sin embargo, si se examina la aplicación de la partición en virtud a las normas sobre sucesión por causa de muerte y la donación, es posible admitir que dicho procedimiento pueda estar sujeto a condiciones, toda vez que el artículo 1128 del Código Civil colombiano admite dicha modalidad sobre asignaciones testamentarias, y a su vez, el artículo 1460 *ibídem*, sostiene que podrán existir donaciones sujetas a plazo o condición.

Continuando con el estudio, el legislador rioplatense decidió determinar que la partición por donación podría llevarse a cabo únicamente sobre los bienes presentes, lo cual resulta a plena vista lógico, en el entendido que no será posible disponer sobre bienes que no se encuentran en el patrimonio al momento de trasmitir el dominio. Sin embargo, lo anterior no fue especificado en la norma relativa a la partición en vida, aunque es posible deducirlo en virtud a una remisión a las normas sobre el testamento, las cuales en el artículo 1171 de la legislación civil colombiana exponen que: "*El legado de una cosa futura vale, con tal que llegue a existir".* De esta forma, es posible afirmar que una partición en vida puede estar compuesta incluso por bienes que al momento del acto no se encuentran en poder del partidor.

Aunado a lo anterior, en Argentina el acto que contiene la partición es irrevocable salvo dos casos que especifica el artículo 3522 de la legislación civil y comercial de dicho país, cuyo contenido hace referencia a la "*inejecución de las cargas y condiciones impuestas, o por causa de ingratitud.",* mientras que por su parte la Corte Constitucional colombiana mediante sentencia C-683 de 2014 aclaró

que la partición será "*revocable hasta tanto no se hayan hecho la tradición de los bienes a los asignatarios".*

Por su parte, lo dispuesto por el artículo 3526 del C.C y Co. de la República Argentina manifiesta que "*La partición por el ascendiente entre sus descendientes, no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos",* contrario a lo exigido por la normatividad nacional, según la cual no es necesaria la disolución de la sociedad conyugal, sino un simple reconocimiento a modo de consentimiento por parte del cónyuge o compañero/a permanente.

Con respecto a las formalidades, la legislación civil argentina en su artículo 3523 indica que las formas para llevar a cabo la partición se regirán por lo dispuesto en el capítulo asignado a las donaciones, de tal forma, que debe observarse el artículo 1810 de la mencionada codificación, en el cual se establece que requieren ser hechas ante escribano público –entiéndase notario público- las donaciones sobre bienes inmuebles, mientras que las donaciones sobre bienes muebles requieren de la sola entrega de la cosa. Por su parte, el legislador colombiano estableció la necesidad de llevar a cabo un proceso judicial previo, seguido de la posterior formalización de la escritura pública en la que conste la partición.

Finalmente, según el C.C.Co. se sanciona con la ineficacia de pleno derecho a la partición en la que no se tienen en cuenta a todos "*los hijos naturales y legítimos que existan al tiempo de la muerte del ascendiente",* según lo dispone el artículo 3528 de la mencionada codificación, mientras que por otra parte, el hijo póstumo, o el

hijo nacido de otro matrimonio del ascendiente, posterior a la partición, anulan dicho acto a la luz del artículo 3529 *ibídem*. Lo cual, en Colombia no está sujeto a ninguna sanción ni reproche alguno, salvo aquella acción de recisión que podrán solicitar los herederos, el cónyuge o compañero permanente y los terceros que acrediten un interés legítimo, dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tuvieron o debieron tener conocimiento del acto en cuestión; acción que si bien está establecida en Argentina, esta solo puede ejercerse una vez haya fallecido el partidor.

Por último, pretendiendo por una mayor compresión de lo expuesto, se pone a disposición un cuadro en el cual se visualicen de manera más clara las diferencias y similitudes encontradas en el análisis precedente. *(Ver anexo 2.)*

1.3 JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD

La presente norma, entiéndase el parágrafo del artículo 487 del Código General del Proceso, fue demandada al considerar que su contenido era abiertamente contrario a la Constitución Política de Colombia en razón a distintos cargos que en su momento argumentó el accionante, y que por desgracia para él, la Corte Constitucional no tomó en consideración, dada la poca fortaleza jurídica que sostenían a cada uno de estos.

Sin embargo, es imperante hacer un recuento de lo decidido en esta sentencia, toda vez que es hasta el momento, el único documento de carácter jurisprudencial o doctrinal que trata ampliamente a la partición en vida, y la dota de ciertos elementos para su ejecución y de los cuales carecía al momento de entrar en vigencia.

En este sentido, en el primer cargo, el accionante indica que con la aplicación de la partición en vida se violan los artículos 13 y 42 de la Constitución Nacional.

El accionante argumenta que, al aplicarse el parágrafo acusado se desconoce los derechos hereditarios de los hijos cuyo nacimiento o adopción se produzca con posteridad a la partición. Así mismo, advierte que si bien existe la posibilidad de iniciar un proceso para la recisión de la partición *se trata de un procedimiento más complejo que impone un trato diferente incompatible con la igualdad entre los herederos en primer grado.*

Adicionalmente, hace hincapié en el hecho de que el término para iniciar la acción de recisión "*es más corto que aquel previsto para "la pretensión de una rescisión corriente de 4 años o de la invocación del acervo imaginario de 10 años por donaciones hechas en vida".* Por otra parte señala que:

> *se establece un trato desigual frente a los hijos extramatrimoniales en tanto estos "no sólo deben emprender la lucha de la filiación extramatrimonial sino que además deben solicitar la rescisión y posteriormente el cumplimiento de la asignación forzosa o la petición de herencia*

En el segundo cargo, indica que la partición en vida vulnera el artículo 29 de la Carta, referente al debido proceso, toda vez que, los hijos cuyo nacimiento sea posterior al perfeccionamiento de tal acto jurídico, no pueden defenderse de dicho acto, y por ende ven afectado su derecho de contradicción y defensa.

Por su parte, en el tercer cargo advierte la violación del artículo 58 de la Constitución, referido al derecho a la propiedad privada, en el entendido de que se

viola este derecho respecto a los hijos posteriores a la partición. Así como se viola, el derecho de los acreedores, puesto que, se descompone la prenda general que asegura el cumplimiento de las obligaciones adquiridas posteriormente al acto.

En cuarto lugar, el accionante protesta que se viola el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Carta, toda vez que, la partición en vida es una reforma de carácter sustancial, y el Código General del Proceso es una ley procedimental.

En quinto lugar, se acusa la norma de ser violatoria de lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución, debido a que *"se opone a la prevalencia del derecho sustancial dado que con el propósito de favorecer la descongestión jurisdiccional, se desconoce que el proceso judicial asegura la protección de derechos y principios muy importantes."*

Finalmente, el accionante en el sexto y último cargo señala una violación al artículo 229 de la Constitución. En el entendido en que la norma desconoce el derecho al acceso a la administración de justicia, toda vez que, el término para interponer la solicitud de recisión de la partición en vida no contrasta con el de otras acciones similares como la rescisión por lesión enorme -4 años-, la petición de herencia -10 años- y la reforma de testamento -4 años-.

No obstante lo anterior, la Corte decide hacer caso omiso a los cargos anteriormente descritos en la medida que:

> *Encuentra que tienen aptitud para ser analizados únicamente los que se relacionan con los vicios por unidad de materia y por desconocimiento del*

derecho a la igualdad. En efecto, los cargos referidos a la violación del derecho de propiedad, del debido proceso y el acceso a la justicia fueron expuestos de manera confusa, no fueron suficientemente sustentados por el demandante y resultan muy vagos, de modo que la sentencia no se referirá a los mismos

De tal forma procede a evaluar lo relacionado con la unidad de materia, lo cual, para efectos del presente estudio se torna sustancial puesto que, es de vital importancia reconocer los aspectos jurídicos de la institución objeto de análisis, entendiendo la misma como una figura de derecho sustancial dentro de un Código netamente procesal, y los alcances o consecuencias que lo anterior pueda generar desde un punto de vista práctico.

En este orden de ideas, encuentra la Corte que *"en el marco de los procesos legislativos, caracterizados por el debate, las propuestas, las modificaciones y los ajustes a los textos normativos, la unidad de materia no puede instituirse en una restricción absoluta hasta el punto de convertirla en un obstáculo a dicho proceso",* de tal forma que, la expresión "materia" debe entenderse desde un punto de vista amplio y global, permitiendo que una ley pueda contener varios puntos temáticos, siempre y cuando, éstos se relacionen entre sí, y a estos a su vez con la materia de la ley.

Así las cosas, acude el Alto Tribunal a una relación de conexidad entre cada parte y el tema general de la ley. Encontrando que en este caso existe claramente relación

entre la disposición y el Código General del Proceso, y la misma se manifiesta en cuatro distintas formas:

1. Conexidad causal: La cual hace referencia "*a que las razones de la expedición de la ley sean las mismas que dan lugar a la consagración de cada uno de sus artículos en particular, dentro del contexto de la posible complejidad temática de la ley",* y según la Corte, esta se cumple en el entendido que, el C.G.P regula todo lo relacionado con procesos civiles, de familia, agrarios y comerciales, pero puede aplicarse a los asuntos que no estén expresamente regulados en las leyes especiales.

2. Conexidad temática: Hace referencia a una vinculación objetiva entre el asunto sobre el que versa el tema general de una ley, y el asunto que corresponde a una de sus disposiciones, a lo que la Corte respondió que "*la partición del patrimonio en vida regulada en el capítulo IV relativo al Trámite de Sucesión, en el Título I sobre los procesos de sucesiones, de la Sección Tercera referente a los Trámites de Liquidación, guarda conexidad temática con la materia regulada puesto que refiere el trámite de la partición, que es una manera de liquidar la masa herencial, instituyéndose como una forma de sucesión entre vivos".*

3. Conexidad sistemática: Se refiere a la relación que debe haber entre todas y cada una de las disposiciones de una ley, que a juicio del Alto Tribunal de lo Constitucional se cumple perfectamente toda vez que, la partición en vida se refiere a una de las formas de liquidación de las sucesiones, asunto que es regulado en el capítulo en donde se encuentra el artículo 487 del estatuto en cuestión.

4. Conexidad teleológica: Indica que *"la ley como unidad y cada una de sus disposiciones en particular deben dirigirse a alcanzar un mismo designio o designios, nuevamente dentro del contexto de la posible complejidad temática de la ley",* lo cual se cumple a cabalidad si se observa que dentro de la norma se establece el trámite para llevar a cabo una partición en vida, señalando unos términos para que actúen las partes y lo correspondiente con la acción rescisoria.

En este sentido, determina la Corte que el cargo no prospera, puesto que no se desconoce lo preceptuado en el artículo 158 de la Carta, y existe conexidad entre la ley y la norma, a la luz de las distintas formas en que se representa la misma.

Por otra parte, decidió la Corte admitir un segundo cargo, con miras a analizarlo desde la Constitución Política, el cual se refiere a la presunta violación al derecho a la igualdad de los hijos que al momento de la partición no han consolidado su relación paterno-filial y de los terceros interesados futuros.

De este modo, la Sala hace un recuento sobre la naturaleza jurídica de la partición en vida, y determina cómo esta no afecta el derecho a la igualdad de aquellos hijos que no han consolidado su relación paterno-filial y de los terceros interesados futuros, en el entendido de que éstos son *"personas indeterminadas y no determinables que al momento de la partición no tienen interés legítimo en la*

partición y a quienes no se les puede reconocer ningún derecho puesto que no tendrían para ese entonces vínculo alguno con quien realiza el proceso".[11]

Aunado a lo anterior, indica que declarar inexequible la partición en vida por este motivo limitaría de manera desproporcionada la libertad y la propiedad privada del posible partidor.

Además, el Alto Tribunal señala que para proteger a aquellas personas sobre las que trata el presente cargo existe la acción rescisoria, la cual, puede ser interpuesta siempre que tengan un interés legítimo y se encuentren dentro de los dos años siguientes al momento en que tuvieron conocimiento de la partición, o debieron tenerlo.

De esta forma, concluye la Corte Constitucional que la partición en vida no vulnera de ninguna forma la Constitución en ninguno de los apartes demandados, y por ende procede a declarar exequible la norma sobre dichos aspectos.

Finalmente, en el entendido de que el presente estudio pretende investigar cómo puede verse afectado un tercero acreedor de buena fe, en el momento en que su deudor lleve a cabo un partición en vida, se procederá a ahondar sobre algunos conceptos que son necesarios para comprender como la figura en cuestión en sus aspectos prácticos.

[11] Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-683, 10 de Septiembre de 2014, Mauricio González Cuervo, Expediente D 10113.

De esta forma se avanzará explicando las nociones de patrimonio como prenda general de los acreedores, la desmembración de la propiedad y las figuras que son afines a estas dos situaciones.

1.4 TRAMITE PROCESAL

En el presente subcapítulo se procederá a explicar el tramite que debe llevar a cabo quien pretenda emplear la figura de la partición en vida, desde el tramite judicial, es decir, aquel proceso que se llevara a cabo frente al juez competente, con miras a la expedición de la licencia judicial, hasta el tramite notarial, momento en el cual la figura desplegará efectos jurídicos frente a terceros.

1.4.1 JUDICIAL

Este punto esta referido concretamente a la etapa en la cual se persigue la expedición de la licencia judicial por parte del juez, requisito previo a la escritura publica, tal como lo estimo el parágrafo del articulo 487 del C.G.P.

1.4.1.1 Generalidades

En primer lugar, el proceso en cuestión es uno de aquellos conocidos como de *Jurisdicción Voluntaria*, tal como lo indica la Corte Constitucional en los distintos apartes de la sentencia de constitucionalidad explicada en el subcapítulo precedente, y que podrían resumirse en el siguiente extracto: "*En efecto, la norma acusada contiene la obligación de no desconocer las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales en el proceso de partición,* ***lo cual se asegura mediante la***

licencia judicial previa, que remite al artículo 577 del Código General del Proceso, referido a los procesos de jurisdicción voluntaria.

Lo anterior basados no solamente en el listado taxativo de eventos mediante el cual el Código General del Proceso enumera los procesos sujetos a jurisdicción voluntaria, dentro del mencionado articulo 577, sino en el entendido clásico de un proceso de esta naturaleza; lo cual Vescovi menciona de forma sencilla pero elocuente en su texto *Teoría General del Proceso,* en donde diferencia un proceso contencioso de un proceso voluntario "*según se tenga por objeto o no un litigio (contienda)"*[12].

Así las cosas, en tratándose este de un proceso en el cual no existe un litigio o contienda, en palabras de Vescovi, sino que por el contrario se encuentra únicamente el interés de una persona de repartir su patrimonio en vida, es evidente que se trata de un proceso voluntario, lo cual no quiere decir que quienes se puedan ver afectados no pueden pronunciarse frente al mismo, ya que como lo indico la Corte Constitucional en la sentencia que se ha venido estudiando, *"se asegura la publicidad para garantizar los derechos de los terceros que podrían verse perjudicados por la partición (…)"*.

1.4.1.2. Jurisdicción y Competencia

El presente proceso, de acuerdo a lo descrito por el Código General del Proceso pertenece a la jurisdicción de familia, y el juez de su conocimiento será el

12 Vescovi, Enrique, *Teoria General del Proceso*, TEMIS, Bogotá D.C, 1984, p. 114.

juez de familia en única instancia, tal como lo indica el articulo 21 *ibidem*, en su numeral 13, el cual dispone lo siguiente:

> *Artículo 21.*
>
> *Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos:*
>
> ***13. De la licencia para disponer o gravar bienes, en los casos previstos por la ley.***

En virtud de esta disposición, y en el entendido que el objeto del proceso estudiado es la expedición de la licencia judicial por parte del partidor para gravar y disponer de sus bienes, es notorio que la disposición traída a colación es pertinente, y por ende se le aplica la competencia que el mismo articulo determina, es decir, el conocimiento exclusivo del juez de familia de única instancia.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional dentro de la sentencia que da vía libre a la aplicación de la partición en vida, indica sobre los requisitos de esta, lo siguiente:

> *(2) Obtener una licencia judicial previa por parte del juez de familia en única instancia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 numeral 13 del Código General del Proceso.*

Por otra parte, se estima necesario conocer ante que juez de familia se promoverá este proceso, puesto que, como es sabido, no será posible interponer una demanda sino ante el juez del circuito correspondiente según el caso, de lo contrario podría prestarse para fraudes a terceros, o dilación de la justicia.

En este sentido, el articulo 28 del Código General del Proceso determina la competencia territorial para los procesos de jurisdicción voluntaria de la siguiente forma:

Artículo 28.

La competencia territorial se sujeta a las siguientes reglas:

13. En los procesos de jurisdicción voluntaria la competencia se determinará así:

a) En los de guarda de niños, niñas o adolescentes, interdicción y guarda de personas con discapacidad mental o de sordomudo, será competente el juez de la residencia del incapaz.

b) En los de declaración de ausencia o de muerte por desaparecimiento de una persona conocerá el juez del último domicilio que el ausente o el desaparecido haya tenido en el territorio nacional.

c) En los demás casos, el juez del domicilio de quien los promueva.

Así las cosas, será competente el juez del domicilio de quien pretende hacer la partición sobre su patrimonio.

Además de lo anterior, teniendo en cuenta que se trata de un proceso de única instancia y jurisdicción voluntaria, deben observarse ciertos puntos que el C.G.P trae en consideración, en tratándose de procesos de esta naturaleza.

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 121 *ibidem, "salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada.",* motivo por el cual este tipo de procesos que por su naturaleza se estiman sumamente céleres, tienen un limite temporal que deberá ser reconocido y adoptado por el juez, de tal forma que se le garantiza al usuario del sistema judicial una resolución de su solicitud en un término no mayor a un año.

En segundo lugar, en concordancia con el artículo 304 de la mencionada codificación, no constituye *cosa juzgada* la sentencia que se dicte en procesos de jurisdicción voluntaria como el aquí tratado. No obstante, instaura una salvedad al tratarse de sentencias que por su naturaleza no sean susceptibles de ser modificadas. Teniendo en cuenta la figura estudiada, es claro que se trata de uno de los casos excepcionales, puesto que su resolución no es susceptible de ser modificada una vez este ejecutoriada, como si podría ser el caso de una sentencia dentro de un proceso de interdicción.

En tercer lugar, el artículo 581 *ibidem,* menciona en su inciso segundo, que en las sentencias de las licencias o autorizaciones, como lo es en este caso la licencia judicial previa a la escritura publica que da lugar a la partición, "*se fijará el término dentro del cual deban utilizarse, que no podrá exceder de seis (6) meses, y una vez vencido se entenderán extinguidas",* por lo tanto es potestad del juez determinar el

término para elevar a escritura publica y registrar la misma, siempre que este no exceda de 6 meses.

Finalmente, se hace necesario tratar un tema que genera ciertas dudas, y es el referente al juez competente para conocer la acción de rescisión, debido a que, al no haber una norma que indique expresamente quien es el juez que conocerá dicha actuación, nace la necesidad de determinarlo, para lo cual se establecen dos opciones posibles.

En primer lugar, a la luz del artículo 20 del C.G.P., el cual determina la competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia, se menciona que este juez será competente *"de los demás procesos o asuntos que no estén atribuidos a otro juez"*, por lo tanto sería posible pensar que bajo esta óptica es este juez el encargado de darle tramite a la acción de rescisión, establecida en el parágrafo del artículo 487.

No obstante, resulta un poco confuso que las distintas acciones establecidas con ocasión de la sucesión por causa de muerte sean conocidas por el juez de familia (por ejemplo: la acción de petición de herencia), y esta específicamente, termine en el despacho de un juez civil.

Para lo cual, es posible hacer uso de la aplicación analógica a la que invita la Corte Constitucional en la sentencia referida a este tema, y pensar que al tratarse la partición en vida de un procedimiento cercano a la sucesión por causa de muerte, esta siga su misma suerte en cuanto a la competencia del juez que conoce la rescisión; aún cuando las normas de competencia tienen un carácter supremamente restrictivo y

especial, pero que dada la especialidad de la figura, esta pueda ser sujeta de un trato excepcional.

Respecto a lo anterior, es posible pensar que la primera opción es la más viable desde la óptica procesal, dado que se cumple a cabalidad con lo que indica la ley, y se materializa lo que pretende el legislador al momento de introducir clausulas como las del juez o la jurisdicción residual. No obstante, se pone a disposición del juez civil un asunto que no pertenece a su orbita temática, y obliga al mismo a llevar a cabo un estudio aislado de sus competencias para resolver el proceso rescisorio en cuestión; mientras que por el otro lado, el juez de familia, conocedor absoluto de los temas relativos a las sucesiones, y por ende conocedor de la partición en vida y sus efectos jurídicos, desconoce lo que sucede con las acciones tendientes al desconocimiento de la partición.

Razón por la cual, es posible considerar que sea esta ultimo el juez encargado de conocer y darles tramite a las acciones rescisorias acá tratadas, aun cuando, de forma excepcional, su conocimiento sea una transgresión a las normas de competencia.

Por otra lado, la poca claridad respecto a lo anterior obliga a situarse en un escenario más complejo, en el cual el juez al que se dirige la demanda de rescisión, entiéndase juez civil del circuito o juez de familia, rechaza la demanda por falta de competencia y la envía al otro juez posible, el cual a su vez toma la misma consideración bajo el mismo entendido, dando lugar a un conflicto negativo de competencia.

En este evento, de acuerdo con lo establecido a los conflictos de competencia, deberá pronunciarse, ya sea el Tribunal Superior del Distrito Judicial, si los dos jueces que conocieron las demandas se encuentran dentro del mismo Distrito Judicial, o la Corte Suprema de Justicia, en el evento que dichos jueces pertenezcan a Distritos diferentes; situación que daría más claridad a esta problemática y sentaría un precedente para confrontaciones futuras.

1.4.1.3. Demanda y contenido

Con respecto a este punto, es indispensable traer a colación lo mencionado por el artículo 578 del C.G.P. el cual hace referencia a la demanda en los procesos de jurisdicción voluntaria en lo siguientes términos:

> *"La demanda deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 82 y 83, con exclusión de los que se refieren al demandado o sus representantes. A ella se acompañarán los anexos y pruebas previstos en los numerales 1, 3 y 5 del artículo 84, y los necesarios para acreditar el interés del demandante."*

Teniendo en cuenta esto, se entiende que los requisitos para presentar la demanda para la partición en vida serán los siguientes:

1. La designación del juez a quien se dirija.

2. El nombre y domicilio de la parte y, si no pueden comparecer por sí mismo, el de su representante legal. Se deberá indicar el número de identificación del demandante y de su representante.

3. El nombre del apoderado judicial del demandante.

4. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad.

5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.

6. La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte.

7. Los fundamentos de derecho.

8. El lugar, la dirección física y electrónica que tengan o estén obligados a llevar, donde la parte, sus representantes y el apoderado del demandante recibirán notificaciones personales.

Además de lo anterior, deberá anexar:

1. El poder donde se les asignan facultades al apoderado.
2. El trabajo de partición y adjudicación que se pretende llevar a cabo.
3. Las pruebas en donde consten la propiedad sobre los bienes a repartir.

4. Documentos en donde estén plasmadas las deudas y acreencias del partidor.

1.4.1.4. Procedimiento

De acuerdo con el artículo 579 del C.G.P., una vez presentada la demanda, el juez "*ordenará las citaciones y publicaciones a que hubiere lugar",* las cuales están en concordancia con lo relativo a las reglas de sucesiones, y una vez cumplido, el juez decretará las pruebas que considere necesarias, y convocara una sola audiencia, en la cual las practicará y proferirá sentencia.

1.4.2 NOTARIAL Y REGISTRAL

Finalmente, en este momento, el interesado partidor deberá elevar a escritura publica la autorización previamente autorizada mediante licencia judicial, para lo cual deberá hacer llegar la sentencia que corrobora dicha información. Posteriormente, una vez elevada a escritura publica la partición, deberá registrar la misma en el correspondiente registro del bien que se adjudica.

CAPITULO II
DESMEMBRACIÓN DE LA PROPIEDAD

2.1 NOCIÓN Y GENERALIDADES

Para empezar, es importante tener en cuenta que es la propiedad, para que una vez se encuentre definida, proceder a explicar por qué esta puede ser dividida, y en qué modalidades puede hacerse, puesto que, con miras a satisfacer este análisis, es

esencial determinar cómo puede separase la propiedad sobre un determinado bien y de esta manera como pueden verse afectados los acreedores de aquel dueño que fracciona la propiedad.

Lo anterior, con miras a establecer un paralelo entre distintas figuras jurídicas que actualmente se usan para llevar a cabo especies de sucesiones en vida mediante actos simulados, con la partición en vida, como instrumento puramente legal; y advertir como estas usan la desmembración de la propiedad como mecanismo idóneo para repartir los bienes sin esperar a la muerte.

En este sentido, se ha procedido a investigar sobre nociones del concepto de propiedad elaborados por distintos juristas, los cuales serán analizados a continuación, a raíz del concepto de dominio que trae el Código Civil colombiano en su artículo 669:

> *Artículo 669. El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente[13], no siendo contra ley o contra derecho ajeno.*
>
> *La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.*

La disposición anterior señala que la propiedad es el derecho real sobre una cosa corporal, no obstante, es posible que esta recaiga sobre universalidades de cosas o universalidades de hecho, tal como lo indican los juristas Arturo Valencia Zea y

[13] El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-598 de 1999.

Álvaro Ortiz Monsalve en su obra Derecho Civil – Derechos Reales[14]; así mismo, es admisible que la misma recaiga sobre bienes inmateriales, entendidos como aquellos que nacen de las producción intelectual o del ingenio. (Art. 671 C.C.).

Adicionalmente, proceden los autores a diferenciar la propiedad en dos clases. En primer lugar, la propiedad capitalista o de grandes propiedades la cual definen como *"la institución en virtud de la cual se otorga libertad a las personas, para que produzcan, adquieran y exploten cosas mediante la compra de la fuerza de trabajo de quienes carecen de toda propiedad"*[15]. En segundo lugar, la pequeña propiedad o propiedad personalista entendida como *"la producción y explotación de bienes mediante el trabajo personal del dueño"*[16].

Para elaborar tales definiciones se basan en dos aspectos fundamentales, los cuales a juicio de ellos, no son tomados en cuenta por los civilistas actuales, toda vez que elaboran sus definiciones enmarcados en el antiguo derecho romano. Éstos dos aspectos no son más que la libertad de producir cosas, puesto que la propiedad en sí misma está destinada en la actualidad a la obtención de bienes mediante medios sociales de producción, y la libertad de compra de fuerza de trabajo a aquellos que carecen de propiedad alguna.

---

[14] Valencia Zea, Arturo, Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho Civil, Parte General,* Tomo II, TEMIS; Bogotá D.C., 2000, p. 118.
[15] Valencia Zea, Arturo, Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho Civil,* Tomo II ,Derechos reales, TEMIS; Bogotá D.C., 2000, p. 122.
[16] Valencia Zea, Arturo, Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho Civil,* Tomo II ,Derechos reales, TEMIS; Bogotá D.C., 2000, p. 122.

No obstante, enmarcar el derecho de propiedad dentro de estas dos definiciones es quizás limitar el alcance del mismo, lo cual genera que la definición no abarque todas las situaciones posibles, sino únicamente dos eventos especiales. Para lo cual, es preferible traer a colación una definición que parece sumamente acertada en la cual se desarrolla al derecho de propiedad como *"el derecho real por excelencia, el más completo que se puede tener sobre un objeto. Los otros derechos reales se deducen de él y son, por tanto, sus desmembraciones.*[17]

A su vez, Wolff decide clasificarlo como *"el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa"*[18].

En otras palabras, se puede decir que el derecho de propiedad es el derecho supremo que se puede tener sobre cualquier cosa, es un derecho que brinda una serie de prerrogativas especiales al dueño respecto a su bien, y que lo protegen frente a la acción de terceros.

Por otro lado, este derecho tiene unas características esenciales que tradicionalmente se le han asignado, y que con el paso de los años y la evolución de las legislaciones se han modificado, de tal forma que se hace necesario entrar a examinar tales características a la luz de los comentarios del profesor Juan Guillermo Velásquez Jaramillo.

En primer lugar, se considera al derecho de propiedad de carácter absoluto, lo cual significa que "*no puede ser desplazado en ninguna circunstancia de forma tal*

[17] Velasquez Jaramillo, Luis, *Bienes*, 11, TEMIS, Bogotá D.C, 2010, p. 199.
[18] Wolff, Martin, *Tratado de derecho civil alemán, t. III, vol. 1*, Derecho de las cosas, Barcelona, Bosch, 1971, p. 13.

que nunca puede ser infringido justificadamente y debe ser satisfecho sin ninguna excepción"[19]. No obstante, la Corte Constitucional ha cambiado esa concepción y le ha dado al derecho de propiedad un carácter de relativo, afirmando que *"la adquisición y ejercicio de la propiedad privada puede ser susceptible de una serie de condicionamientos y cargas impuestos por el Estado, en razón de que la propiedad no se concibe como un derecho absoluto sino relativo, lo cual se deriva del principio constitucional solidarista de que "la propiedad es una función social que implica obligaciones"*[20]. De esta forma, ha variado en Colombia un concepto cuya noción provenía desde tiempos remotos. Esto, en razón a que si bien el derecho de propiedad puede oponerse a cualquier persona, el mismo está sujeto a unas limitaciones y restricciones a favor de la comunidad, de tal manera que se imponen dichas condiciones para que sea posible que todos los derechos de propiedad coexistan sin interferencias.

Por otra parte, el derecho real de dominio es perpetuo, lo cual puede observarse desde dos ópticas. La primera que la propiedad dura tanto como dure la cosa, y la segunda que esta no se extingue por el no uso. Lo anterior se ve reflejado principalmente en la sucesión por causa de muerte, ya que en la misma, los bienes del causante se trasmiten a sus herederos o legatarios perpetuando la propiedad de los mismos. No obstante lo anterior, existen ciertas figuras que van en contravía de la perpetuidad de la propiedad, como por ejemplo la extinción de dominio, ya sea como

[19] Gewirth, Alan, *Are there any absolute rights?*, Chicago, 1982.
[20] Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-536 de 23 de octubre de 199,Antonio Barrera Carbonell, Expediente D 1632.

efecto de la función social de la propiedad, o como consecuencia de actos ilícitos; o la limitación de la propiedad sobre los derechos de autor, los cuales se extinguen pasados 80 años desde la muerte del mismo.

A su vez, el derecho de propiedad es exclusivo, esto se refiere a que "*el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en ejercicio de su derecho, puesto que solo él está facultado para usar, gozar y disponer de la cosa"*[21]. Sin embargo, puede el propietario, por disposición suya o de la ley, desprenderse de uno o dos de los atributos de la propiedad, entiéndase por estos *ius utendi* (uso), *ius abutendi* (disposición) y *ius fruendi* (goce); en consecuencia, su propiedad se denomina nuda o disminuida[22].

Es en este punto donde es posible afirmar que la propiedad puede desmembrarse, entendido lo anterior como cualquier división del contenido de la propiedad, y en ese sentido existen distintas modalidades y mecanismos para que esto suceda. De tal forma, para profundizar en lo anterior, se tomarán distintas figuras cuya afinidad con la desmembración es evidente, toda vez que son mecanismos para ejercerla, y se desarrollarán a continuación.

2.2 FIGURAS AFINES A LA DESMEMBRACIÓN DE LA PROPIEDAD

En el presente capítulo se hará un análisis de las figuras afines a la desmembración de la propiedad más conocidas en el ámbito jurídico por su uso. Se

[21] Velasquez Jaramillo, Luis, *Bienes*, 11, TEMIS, Bogotá D.C, 2010, p. 203.
[22] Velasquez Jaramillo, Luis, *Bienes*, 11, TEMIS, Bogotá D.C, 2010, p. 204.

trata entonces de la (i) enfiteusis, (ii) el usufructo y (iii) el uso y habitación. Si bien es cierto, estas figuras son muy similares teniendo en cuenta que tienen como principal característica la división del haz de poderes sobre los bienes, a través del estudio que se realizará se dejarán claras sus diferencias.

La forma en que se va a desarrollar el presente capítulo es la siguiente. En primer lugar, se van a dar las nociones básicas de cada figura. En segundo lugar, se explicarán las características. En tercer lugar, se va poner de presente la finalidad de la figura y en quinto lugar, se hará la diferenciación con las figuras ya analizadas.

Tratándose de la enfiteusis, se va a realizar un estudio respecto a su origen, ya que en el ordenamiento jurídico colombiano esta figura no ha sido acogida. Además se trae a colación la reglamentación de la figura en el derecho comparado, especialmente la legislación española, que ayudan a ilustrar el andamiaje de la figura.

2.2.1 ENFITEUSIS.[23]

En lo que concierne a la falta de regulación de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano, podemos afirmar que la aplicación de la figura no es viable de acuerdo con la misma aplicación de los numerus clausus de los derechos reales en Argentina. Así lo expresa el doctrinante Néstor Jorge Musto en su libro Derechos reales antes de referirse a la Enfiteusis.

---

[23] De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, enfiteusis proviene del latín emphyteusis, y este del griego, ἐμφύτευσις, implantación. La definición es la *"Cesión perpetua o por largo tiempo del dominio útil de un inmueble, mediante el pago anual de un canon y de laudemio por cada enajenación de dicho dominio. U. t. c. m."*.

> ***Principales derechos reales prohibidos por el Código Civil.-*** *Nos ocuparemos ahora de dar una noción de aquellos derechos reales que, excluidos como consecuencia de la adopción de numerus clausus, al no ser enumerado ni regulados en el Código y, aun mas, prohibida expresamente su constitución […]* [24]

2.2.1.1 Origen.

Este negocio jurídico tiene su origen en la antigua Roma, como la mayoría de las instituciones jurídicas contemporáneas. Aunque de acuerdo con el doctrinante José Antonio González Martínez, los precedentes de esta figura "*son griegos, en su esencia, y en los detalles, aunque no en el nombre, que es romana*"[25]. En aquella época esta figura, como toda institución jurídica, nace para satisfacer o cubrir la necesidad de las personas, en este caso, esta figura se presentaba cuando "*los gobiernos de la Antigüedad sentían la necesidad de ejecutar políticas agrarias de desarrollo en mundos y entornos de crisis, casi siempre cambiantes e inestables*"[26]. Por tal motivo se conoce como una institución agrícola de fomento de carácter público, ya que eran las instituciones del poder público quien permita la explotación de terrenos de cultivo del Estado.

---

[24] Musto, Néstor Jorge, "Derechos *reales",* ASTREA, Buenos Aires, 2000, p. 82.
[25] Gonzalez Martínez, José Antonio, "*La Enfiteusis: Aspectos básicos de esta institución*", *Revista de la facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche*, 2009, 1, (4), pp. 251-267.
[26] Suárez Blázquez, Guillermo, "Concesiones administrativas demaniales agrarias de fomento: Enfiteusis*", Revista de derecho privado,* 2011, 45, pp. 3-55.

La relación de esta figura con el derecho público es enorme, ya que de allí son sus orígenes. El imperio Romano se caracterizó por sus grandes conquistas, creando así uno de los más grandes imperios de toda la época. No obstante, así como iba creciendo y se iba expandiendo, de igual forma lo hacia su población y con ellos aparecieron dos necesidades: "*la creación de las obras públicas y el sostenimiento de la riqueza inmobiliaria de las entidades civiles y religiosas requerían ingentes cantidades de dinero que los dirigentes no estaban siempre en condiciones de poder aportar*"[27]. Fue por tal motivo que nació la figura de la enfiteusis, como una respuesta a la necesidad de crear riqueza para responder a las dos grandes necesidades. Así pues, los entes públicos daban a los ciudadanos grandes concesiones de tierra del imperio, que habían sido adquiridas a lo largo de las conquistas, para que estos las explotaran económicamente y produjeran riqueza.

2.2.1.2 Noción.

Respecto a la definición como tal, se ha dicho mucho. Podemos traer a colación como ejemplo lo establecido en el artículo 1605 del Código Civil de España: "*Es enfitéutico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio".* De igual forma el Código Civil para el Estado libre y Soberano de Puebla en su artículo 2616 establece: "*Censo enfitéutico es el contrato por virtud del cual una persona adquiere el derecho de percibir una*

[27] Suárez Blázquez, Guillermo, "Concesiones administrativas demaniales agrarias de fomento: Enfiteusis*", Revista de derecho privado,* 2011, 45, pp. 3-55.

pensión anual, por entrega que hace a otra del dominio útil de un bien inmueble, para que lo disfrute. El que recibe la pensión se llama dueño y el que lo paga enfiteuta." Y posteriormente en el artículo 2617 consagra: "*El censo enfitéutico otorga al enfiteuta un derecho real para usar y disfrutar temporalmente el predio objeto de él*". Así pues podemos resaltar entonces la existencia de un contrato, en virtud del cual una persona, sea natural o jurídica, dueña de un bien inmueble, particularmente un terreno, cede a otra persona, denominada enfiteuta, un derecho real para la explotación económica a cambio del pago de un canon. Es curioso que tanto en el ordenamiento español como en el C.C.P, la contra prestación que ha de pagarse se haga cada año, criterio diferencial de un contrato de arrendamientos que por regla general se paga cada mes.

2.2.1.3 Características

En artículos posteriores del Código Civil Español, especialmente en el artículo 1628 y subsiguientes, establecen las características del contrato. Se dice entonces que solo se puede establecer censo enfitéutico respecto a bienes inmuebles y por medio de escritura pública (Artículo 1628); establece como elementos esenciales del contrato el precio de la finca y el valor de la pensión (Artículo 1629) y el enfiteuta es dueño de lo producido del terreno y sus accesiones, y tiene derecho sobre las minas y los tesoros que se encuentren en el bien (Artículo 1632)

Es también importante resaltar otras características que sobresalen de la definición del concepto de enfiteusis. La primera, es que estamos en presencia de un

contrato bilateral, ya que dos personas se obligan. Es solemne, ya que debe constar en escritura pública[28]. Es de tracto sucesivo, ya que periodo a periodo se va causando y pagando la contraprestación. Es oneroso, ya que implica un desgaste del patrimonio de las partes. Es un contrato conmutativo, porque las partes saben a ciencia cierta las contraprestaciones que deben recibir y las que deben dar.

Aunado a lo anterior, quedan dos características muy importantes sobre las cuales aún no se ha escrito. Por un lado, ¿Es la enfiteusis perpetua? O por el contrario ¿tiene un límite temporal? En los orígenes de la figura en Roma se creía que era temporal, no obstante con el tiempo se convirtieron en perpetuas: "*escritores afirman que no excedía de noventa y nueve años, aun en la misma Roma, si bien luego adquirió el carácter de perpetua […]"*[29]No obstante, de acuerdo con C.C.P., el contrato de enfiteusis no es perpetuo sino que es de carácter temporal. Así lo establece el artículo 2618: "*Las partes pueden fijar convencionalmente el plazo de duración de la enfiteusis, el cual no puede exceder de diez años*". En contraposición a lo anterior, el artículo 1608 del C.C.E., dentro del título VII, de los censos, dentro del capítulo I, de las disposiciones generales, establece:

---

[28] De igual forma, como cualquier otro derecho real, de acuerdo con el artículo 2 la ley hipotecaria del 8 de febrero de 1946 de España debe registrarse. Artículo 2 *"En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: […] 2.º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.".* Dicha obligación también se consagra en el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, en el artículo 2639 "*Para que la enfiteusis sea oponible a terceros y el enfiteuta pueda ejercitar acciones reales, deberá el contrato inscribirse en el Registro Público de la Propiedad*".

[29] González Martínez, José Antonio. «La Enfiteusis: Aspectos básicos de esta institución.» *Revista de la facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche*, 2009: 251-267.

Es de la naturaleza del censo que la cesión del capital o de la cosa inmueble sea perpetua o por tiempo indefinido; sin embargo, el censatario podrá redimir el censo a su voluntad aunque se pacte lo contrario; siendo esta disposición aplicable a los censos que hoy existen.

Puede, no obstante, pactarse que la redención del censo no tenga lugar durante la vida del censualista o de una persona determinada, o que no pueda redimirse en cierto número de años, que no excederá de veinte en el consignativo, ni de sesenta en el reservativo y enfitéutico

Lo anterior conduce a una conclusión evidente. La respuesta depende de la regulación que se le dé a la figura en cada ordenamiento jurídico, resaltando pues que en sus orígenes y actualmente, en el Ordenamiento Jurídico Español, se consideró y se considera como perpetua. Sin embargo, es preciso comentar que actualmente, de acuerdo con las legislaciones nacionales de muchos estados, son muy pocos los casos o son casi nulos, la figuras jurídicas que se regulan como perpetuas.

Por otro lado, ¿es posible transmitir por causa de muerte el derecho real de dominio útil que fue adquirido por medio de la enfiteusis? La respuesta al interrogante se encuentra en el artículo 1633 del antes mencionado Código Civil Español, el cual versa: "*Puede el enfiteuta disponer del predio enfitéutico y de sus accesiones, tanto por actos entre vivos como de última voluntad, dejando a salvo los derechos del dueño directo, y con sujeción a lo que establecen los artículos que siguen.".* De acuerdo a lo anterior, sí se puede transmitir por causa de muerte el dominio útil del predio.

2.2.1.4 Derechos del enfiteuta.

Se trae a colación algunos derechos del enfiteuta establecidos en el Código Civil Español y en el Código Civil para el Estado libre y Soberano de Puebla. Establecidos en la primera disposición:

> *(i) enfiteuta podrá donar o permutar libremente la finca, poniéndolo en conocimiento del dueño directo. (Artículo 1635); (ii) En el caso de comiso, o en el de rescisión por cualquiera causa del contrato de enfiteusis, el dueño directo deberá abonar las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca, siempre que este aumento subsista al tiempo de devolverla. Si ésta tuviese deterioros por culpa o negligencia del enfiteuta, serán compensables con las mejoras, y en lo que no basten quedará el enfiteuta obligado personalmente a su pago, y lo mismo al de las pensiones vencidas y no prescritas. (Artículo 1652).*

Establecidos en la segunda disposición:

> *(i)Derecho de poseer el bien objeto de la enfiteusis y la acción persecutoria;(ii) Facultad de ejercitar las acciones posesorias, como poseedor del dominio útil del predio; (ii) Derecho de usufructuar el predio y de ejecutar todos los actos jurídicos que la ley permite al usufructuario; (iii) Facultad para ceder el dominio útil, hipotecarlo o imponer al predio servidumbres sin consentimiento del dueño y (iii) Derecho de donar el dominio útil. (Artículo 2634)*

2.2.1.5 Obligaciones del enfiteuta.

Principalmente, son cuatro. En primer lugar encontramos que la principal obligación del enfiteuta es el desarrollo económico, industrial, agropecuarios, etc. del bien entregado en enfiteusis. En segundo lugar se identifica una obligación de pagar un precio –mal denominado canon-. En tercer lugar, es obligación del enfiteuta permitir al dueño del bien el ejercicio del derecho de tanteo. En cuarto lugar, tiene la obligación de pagar el laudemio al dueño del bien. Estas dos últimas obligaciones se explicaran en el siguiente acápite.

2.2.1.6 Derechos del dueño del bien.

Cuando el enfiteuta quiere transferir el derecho de dominio útil, por medio de actos entre vivos, debe permitirle al dueño del bien adquirir el dominio útil en preferencia de los terceros, a esta preferencia se le denominan derecho de tanteo. Cuando el dueño no ha ejercido el derecho de tanteo y no ha querido adquirir el dominio útil del bien, el enfiteuta debe pagar una suma de dinero al dueño del bien que se denomina el laudemio. Ahora, cuando el enfiteuta no le permite al dueño del bien adquirir el dominio útil en preferencia de los terceros, el dueño tiene derecho de retracto, es decir desconocer la transferencia realizada a favor del tercero:

> *El derecho del enfiteuta es transmisible a los herederos o por actos entre vivos. En este segundo caso, el propietario directo conserva el derecho de tanteo, o sea de adquirir por el mismo precio el derecho del enfiteuta con preferencia de los terceros, y en caso de que no haga uso de este derecho, el*

de percibir un porcentaje del precio de la venta de la enfiteusis, llamada "laudemio".[30]

En este orden de ideas, la enfiteusis que en la antigüedad era una figura de fomento en el campo agrícola, aun lo sigue siendo. Sin embargo, como se puede ver en la regulación Española y del Estado de Puebla, ha evolucionado de tal forma que por un lado la figura se presta para bienes inmuebles en general, alejándose del criterio agrario. Y por otro lado ha dotado al enfiteuta de prerrogativas más fuertes, dejando de ser un mero trabajador de la tierra para convertirse en el dueño de la mayoría de los derechos que otorga el haz de poderes. De tal suerte que se puede afirmar que sería el usufructuario en el caso Colombiano, sino que solo de bienes inmuebles.

Actualmente, de acuerdo a los usos que a la figura se ha dado, se ha originado un derecho primordial al dueño del bien. Este consiste, en recibir el terreno con aquellas mejoras que ha debido realizar el enfiteuta. Esto resulta de suma importancia, ya que es una de las razones por las cuales el dueño del bien decide ceder el dominio útil del bien para luego del tiempo recibir con toda la infraestructura idónea para la explotación.

2.2.1.7 Obligaciones del dueño del bien.

[30] Musto, Néstor Jorge, "*Derechos reales*", ASTREA, Buenos Aires, 2000, p. 83.

Encontramos dos principalmente. La primera es la de permitir la explotación y desarrollos económicos, industriales, pecuarios, etc. del bien. La segunda reconocer y pagar las mejoras en caso de recisión del contrato y comiso.

2.2.1.8 Finalidad.

Aunque actualmente la figura se encuentre un poco en desuso, de acuerdo con el artículo del diario La Nueva España, escrito por Oviedo, L. GANCEDO, denominado *Otra fórmula contra el desahucio*[31] en España en el año 2013, debido a la crisis económica que se presentó a inicios del 2008, la figura se planteó como el salvavidas de muchas personas. Recordemos que la crisis española se debió a la burbuja inmobiliaria y principalmente a la falta de control por parte de las entidades estatales encargadas de controlar las entidades financieras. Según la Plataforma de afectados por la Hipoteca[32] no hay cifras ciertas pero se calcula que se presentaron alrededor 171.110 desahucios, lo cual quiere decir que 171.110 de familias se quedaron sin hogar. En el 2013, se presentó la idea de implementar la enfiteusis para evitar que las familias siguieran perdiendo sus viviendas. El negocio consistía en entregar a la entidad financiera el dominio potencial de la vivienda y dejar a la familia en dominio útil para que esta pudiera seguir habitando la vivienda. A cambio de la entrega del dominio potencial, la familia tenía un descuento de un porcentaje del

[31] Oviedo, L. Gancedo, " Otra fórmula para el desahucio", en Diario La Nueva España, 2014, en www.ine.es consulta del 20 de octubre de 2015.

[32] La Plataforma de afectados por la Hipoteca es "[*...] una asociación totalmente gratuita (así como lo son todos los recursos que ésta proporciona) que agrupa a personas con dificultades para pagar la hipoteca o que se encuentran en proceso de ejecución hipotecaria y personas solidarias con esta problemática."* De acuerdo con la información recuperado de: http://afectadosporlahipoteca.com/unete-a-la-plataforma-de-afectados-por-la-hipoteca/.

crédito, lo cual hacia más fácil pagar el crédito ya que las cuotas disminuían. Llegado un plazo previamente determinado se debía cancelar el porcentaje descontado por la entidad, para que el dominio potencial, volviera a estar en cabeza del titular de la vivienda.

2.2.1.9 Diferencias Con Otras Figuras.

Las diferencias con los derechos de usufructo y uso y habitación se trataran en los acápites posteriores cuando se haya analizado cada una de las figuras jurídicas.

(i) Teniendo en cuenta que la principal característica de la enfiteusis es permitir a un tercero la explotación de la tierra, a primera vista se podría decir que se trata de un arrendamiento. No obstante se trata de negocios jurídicos completamente diferentes. Por un lado, la enfiteusis se caracteriza por transmitir derechos reales, denominado en el derecho comparado como el dominio útil, lo que en el ordenamiento Colombiano seria el derecho de usufructo, de ahí la necesidad de protocolizar por escritura pública y de hacer el registro correspondiente. Por otro lado en el arrendamiento, no se transfiere un derecho real, sino que una persona, dueña de la cosa le permite a la otra gozar de ella, a cambio de una contra prestación. De ahí que no hay necesidad de protocolizar mediante escritura pública.

(ii) Otra diferencia, aunque ya mencionadas antes, es que en el contrato de enfiteusis el pago de la contraprestación debe ser anual, en cambio en el arrendamiento prima la voluntad de las partes, ya que estas pueden pactar una periodicidad menor a un año para el pago.

2.2.2 USUFRUCTO

2.2.2.1 NOCIÓN.

De acuerdo con el artículo 823 y 829 del C.C. es un derecho real que tiene un tercero sobre un bien, mueble o inmueble, para que este lo goce y lo conserve, y al cabo de un determinado tiempo lo restituya. Quedando entonces el dueño del bien como nudo propietario y el tercero como usufructuario. Aunado a lo anterior, el artículo 832 del Código Civil, establece que el derecho de usufructo no es transmisible por causa de muerte. Es importante resaltar que cuando el usufructo recae sobre bienes consumibles en la doctrina se denomina cuasiusufructo.

> *Cuando se está en presencia de cosas consumibles, se tipifica lo que la doctrina ha dado en llamar cuasiusufructo, denominación* que *surge precisamente de hecho de que teniendo el titular del usufructo que conservar y restituir la cosa, mal podría hacerlo frente a los consumibles. Es por esta razón, precisamente, por la que la referencia a consumibles, ha de entenderse hecha a fungibles de manera que una vez consumidas, pueda restituirse otras similares.*[33]

2.2.2.2 CARACTERÍSTICAS.

Se pasa a explicar las características más importantes de la figura. La forma en que se constituye, la dinámica del funcionamiento de los poderes directos sobre el bien y la forma en que se puede terminar.

---

[33] Rico Puerta, Luis Alonso, *"El Derecho de Propiedad de los Particulares",* SELLO EDITORIAL UNIVERSIDAD DE MEDELLIN, Medellín, 2012, p. 167.

2.2.2.2.1. Formas de constitución.

Respecto a las formas de constituir el usufructo se puede decir que hay varias, sin embargo siempre va hacer temporal. En primer lugar encontramos que se puede por mandato legal, que es el caso del padre de familia que tiene el usufructo sobre los bienes del hijo. En segundo lugar de forma voluntaria, que se puede dar en dos ocasiones, por testamento o por acto entre vivos. En la testamentaria, la persona en vida constituye testamento para que después de su fallecimiento, uno o varios causahabientes adquieran el derecho real por sucesión y quedan con la posibilidad de explotar económicamente el bien. Por actos entre vivos[34] como sería el caso de una donación o venta. Y en tercer lugar, por prescripción adquisitiva, que es por el paso del tiempo y se tiene animo de señor y dueño, más la aprensión material del bien.

2.2.2.2.2 Coexistencia de derechos.

Teniendo en cuenta que esta figura es una desmembración de la propiedad, los poderes directos sobre el bien, el haz de poderes[35], se dividen entre el usufructuario y

[34] Cuando se trata de actos entre vivos es importante tener claridad respecto a la clase de bien sobre el cual recae el usufructo, si es mueble o inmueble. Como lo afirma el Doctor Francisco Ternera Barrios en su libro de Bienes "*.Así, por ejemplo, el usufructo de inmuebles (art. 826 C.C.), por acto entre vivos, debe otorgarse por el registro (tradición) de la escritura pública (título solemne). Igualmente, la constitución del usufructo sobre muebles requiere de un título (puede ser consensual) y de la entrega material del bien (tradición)." Página 329. Editorial Universidad del Rosario. Año 2011.*

[35] Ibídem. "*La expresión derechos reales designa un haz de poderes directos y autónomos, oponibles a todos, que se tienen respecto de un bien definido. Así pues, el titular de un derecho real puede tener, según sea el caso, una libertad o permisión para usar, gozar o disponer de un bien determinado, sin necesidad de contar con el concurso de otra persona.253Este "derecho-poder" debe ser respetado por el conglomerado, es decir, es oponible erga omnes. De la misma forma, el derecho real puede imponer una serie de vínculos obligacionales del titular del derecho real respecto de personas determinadas."* Página 133.

el nudo propietario. Así lo ha aclarado la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-751 de 2004[36] refiriéndose al usufructo:

> *Es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y que supone necesariamente dos derechos coexistentes: el del nudo propietario y el del usufructuario. Es por ello que se ha considerado que este derecho real es una desmembración de la propiedad, dado que el nudo propietario, de los tres atributos clásicos del dominio (utendi, fruendi y abutendi), sólo conserva el de disposición (abutendi); mientras que el usufructuario detenta los de uso de la cosa (usus) y de adquisición de los frutos (fruendi).*

2.2.2.2.3 Personas que participan en el acto.

Cuando se constituye un usufructo encontramos por un lado al constituyente y por otro lado el usufructuario. El primero se caracteriza por ser la persona que da origen al usufructo por medio de acto jurídico, sea por testamento o por acto entre vivos, de tal suerte que es indispensable que este cumpla con dos condiciones, la primera que este sea el titular del bien y segundo que sea capaz. Es así como el propietario del bien, se convierte en nudo propietario conservando el haz de poder de disposición. En complemento con lo anterior, se comparte la aclaración, muy doctrinaria por cierto, del Doctor Jaime Arteaga Carvajal, la cual vislumbra la inexistencia de constituyente en el usufructo legal y el usufructo adquirido por

[36] Colombia, Corte Constitucional, sentencia t - 751 de 2004, Jaime Araujo Rentería, Expediente T-861850.

prescripción, "*No existe realmente un constituyente cuando el usufructo tenga su origen en la misma ley […]. Tampoco habrá, en sentido estricto, un constituyente cuando se hable de un usufructo adquirido por una prescripción […]"*[37].El segundo, es la persona quien se beneficia de la constitución del usufructo, toda vez que esta tiene el derecho a gozar y a usar la cosa.

2.2.2.2.4 Derechos del usufructuario.

De acuerdo con lo anterior, se explicara los derechos otorgados al usufructuario. El usufructuario queda pues con el uso del bien, dándole la posibilidad de administrarlo y conservarlo; también sobre él recae el derecho al goce, lo cual quiere decir que tiene derecho a los frutos naturales, según el artículo 840 del C.C., como los civiles, según artículo 849 del C.C., estos últimos serían los que se causaría por el arrendamiento del bien; posee la disposición jurídica del bien, lo cual permite que el usufructuario pueda celebrar contratos de arrendamiento, y así lograr una explotación económica del bien; puede ser objeto de gravamen; puede exigir la entrega del bien; y por último al ser un derecho real, como todo derecho real tiene el derecho de persecución.

Hay otros derechos que tiene el usufructuario, que se derivan directamente de los derechos que conforman el haz de poderes. Consiste en el derecho de a acrecer de acuerdo al artículo 839 del C.C, y el derecho de retención de acuerdo con el artículo 859. El primero es el caso en que el usufructo está constituido en cabeza de dos o más

[37] Arteaga Carvajal, Jaime, *"De los bienes y su dominio", EDITORIAL FACULTAD DE DERECHO*, Bogotá, 1999, p. 519.

personas, como este no se transmite por causa de muerte, en el momento que muera una de las personas, el derecho de la persona fallecida pasa a acrecer a la otra persona que se encuentra viva, y si son varias las personas, acrece de igual forma a cada una. El segundo se presenta cuando el mero tenedor no realiza el reembolso o el pago de las indemnizaciones a las cuales tiene derecho el usufructuario. Entonces este último, tiene el derecho de retener, de conservar el bien hasta tanto no nudo propietario no pague la indemnización y el rembolso. De igual forma tiene derecho a gravar el usufructo, de tal suerte que puede dar en garantía los frutos que se produzcan y llegare a producir y e hipotecar el bien (artículo 2443 y 2447)

2.2.2.2.5 Obligaciones del usufructuario.

Además de los derechos antes mencionado, existen también obligaciones en cabeza del usufructuario. La primera obligación es conservar y restituir la cosa objeto de usufructo. La segunda obligación es prestar caución e inventario (artículo 834 del C.C.) de lo contrario, de acuerdo con el artículo 835 C.C., es el propietario quien tiene la administración sin embargo tiene la obligación de dar al usufructuario el valor líquido de los frutos. La tercera obligación es el pago de las expensas ordinarias de conservación y cultivo, al igual las cargas periódicas que se estén devengando durante el usufructo así se haya gravado antes de él. También recae sobre el usufructuario el pago de impuestos fiscales y municipales. (Artículo 855). La cuarta es la obligación de respetar el contrato de arrendamiento que tenga por objeto el bien.

2.2.2.2.6 Clases de usufructo.

En lo referente a la clase de usufructo se establece que son dos. Encontramos por un lado el usufructo simple y los múltiples o de comunidad. Los primeros son aquellos donde el usufructo se constituye a favor de una sola persona. Los segundos son cuando se constituye a favor de dos o más personas. La ley colombiana prohíbe constituir dos o más usufructos de la segunda clase.

> *Si de hecho se constituyere, los usufructuarios posteriores se consideraran como sustitutos, para el caso de faltar los anteriores, antes de deferirse el primer usufructo.*
>
> *Por tal razón, el primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durara sino por el tiempo que le estuviere designado, volviendo a radicar en el nudo propietario las facultades materiales.*[38]

2.2.2.2.7 Formas de terminación del Usufructo.

Respecto a la forma o causales de terminación es posible agruparlas en dos grandes categorías. La primera categoría hace referencia a las formas obligatorias y la segunda a las formas voluntarias. En el grupo de las formas obligatorias encontramos la muerte del usufructuario cuando se trata de personas naturales y con ello la consolidación del usufructo con la propiedad; el acaecimiento del plazo, que puede ser el pactado entre las partes o el de 30 años cuando se trata de personas jurídicas;

[38] Rico Puerta, Luis Alonso, "*El Derecho de Propiedad de los Particulares*", SELLO EDITORIAL UNIVERSIDAD DE MEDELLIN, Medellín, 2012, p.170.

por la imposibilidad de seguir con el usufructo que sería el caso de la destrucción de bien y el caso de la inundación de la cosa fructuaria; por medio de sentencia judicial que ordene la terminación del usufructo debido al incumplimiento del usufructuario o del dueño en sus obligaciones; por la ocurrencia de la prescripción extintiva. Y dentro de las voluntarias encontramos que "*el usufructuario puede transferir o ceder su derecho de usufructo, siempre limitado por el plazo previsto en el título de constitución*"[39] como primera forma. Como segunda forma, el caso en que el usufructuario en uso de la autonomía de la voluntad decide renunciar al usufructo. Como tercera forma, la resolución del derecho del constituyente, por ejemplo cuando se constituye una propiedad fiduciaria.

2.2.2.3 FINALIDAD.

Actualmente esta figura se utiliza mucho para la explotación económica de las tierras, muy parecida a la finalidad de la enfiteusis. Sin embargo tiene otras funciones muy llamativas. La primera que podría considerarse la forma de repartir la herencia en vida sin hacer el procedimiento de la partición en vida. Lo anterior con la intención de evitar el proceso de sucesión que es engorroso y conflictivo, aún más cuando aparecen hijos extramatrimoniales. La segunda es la constitución del usufructo para disminuir la cobertura de las medidas cautelares de embargo y secuestro para con ello disminuir el precio de la subasta del bien.

2.2.2.3.1 Evitar procesos de sucesión e inclusión de hijos extramatrimoniales

[39] Ternera Barrios, Francisco, *"Bienes",* UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, Bogotá, 2013, p. 311.

¿Cómo es la dinámica? Por medio de escritura pública, el padre constituye usufructo a favor de él y la nuda propiedad pasa a ser de los hijos o el hijo que haya determinado. De tal suerte que el padre sigue explotando económicamente el bien, así el hijo posteriormente lo venda, protegiéndose así el padre del posible abandono por parte de su hijo.

Ahora, supongamos que el hijo no vende el bien al momento de la muerte del padre, el hijo recobra el usufructo y se hace dueño total, adquiriendo por completo el haz de poderes sobre el bien, de acuerdo con el artículo 865 del C.C. Es así como se evita la sucesión y la inclusión dentro de los herederos a los hijos extramatrimoniales que aparezcan.

2.2.2.3.2. Disminución de la cobertura de la medida cautelar.

La segunda es la constitución del usufructo para evitar que la medida cautelar que se derive de un proceso judicial recaiga sobre todo el bien y sea este menos atractivo al momento de la subasta. Entonces el deudor de una obligación que tiene la sospecha del inicio de un proceso ejecutivo, constituye usufructo a favor de otra persona para que la medida cautelar que se decrete, recaiga solo sobre la nuda propiedad. Lo anterior tiene como principal consecuencia la disminución del valor subastado del bien, ya que no es lo mismo ser el nudo propietario de un bien que el dueño completo con el haz de poderes totales sobre el bien. O de igual forma puede quedarse con el usufructo y dejar a otra persona con la nuda propiedad, obteniendo el

mismo resultado, es decir, disminuir el valor de la subasta teniendo en cuenta que no se va a realizar sobre la totalidad del haz de poderes.

2.2.2.4 DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS.

Teniendo en cuenta que hasta ahora solo se ha desarrollado la figura de la enfiteusis, se hará la comparación solo con esta.

(i)La enfiteusis en sus orígenes y en la legislación española se considera que es perpetua, a diferencia del caso del Estado de Puebla que es máximo diez años. En cambio, tratándose del usufructo es claro que es temporal, ya que este es por tiempo determinado o por la vida del usufructuario, y en el caso en que no se determine tiempo, se entenderá constituido por la vida del usufructuario. Cuando el usufructuario sea una persona jurídica, el tiempo máximo de constitución es de 30 años. (Artículo 829 del C.C.)

(ii) La enfiteusis solo puede recaer sobre bienes inmuebles, en cambio el usufructo puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles.

(iii) Muy relacionada con lo anterior, teniendo en cuenta que la enfiteusis recae sobre bienes inmuebles, es necesario protocolizar el contrato por medio de escritura pública y realizar el registro siempre. Por lo contrario cuando se trata del usufructo, no siempre se debe realizar por escritura pública. Es el caso cuando el usufructo recae sobre bienes muebles.

(iv) El enfiteuta es dueño de los tesoros que llegare a encontrar en el inmueble. Sin embargo, el usufructuario no tiene dicha prerrogativa, este derecho es del nudo propietario. (Artículo 845 C.C.).

(v) La enfiteusis siempre va hacer onerosa, es decir siempre el enfiteuta debe reconocer cantidad de dinero cuando así se haya pactado o el pago en especie al dueño del bien. En cambio en el usufructo encontramos que no siempre es oneroso porque puede ser gratuito.

(vi) En relación con lo anterior, el pago que se realiza como contraprestación al dueño del bien, debe hacerse anualmente. En cambio, en el usufructo la contraprestación se puede pagar al momento de la constitución o pactar por instalamentos. Todo depende lo pactado por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad. No obstante, llama la atención lo estipulado en el artículo 868 del C.C. al referirse a la extinción del usufructo por medio de sentencia judicial. "*El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa fructuaria, con cargo de pagar al fructuario <sic> una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo*". Es curioso que se deba pagar una pensión anual, como si se tratara de la enfiteusis.

(vii) En la enfiteusis, la constitución siempre es voluntaria, nace del acuerdo de las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad y como acto entre vivos. En

cambio en el usufructo hay muchas formas de constitución del usufructo. El acto entre vivos es solo una forma de constituirla.

(viii) La enfiteusis se centra en la explotación agrícola de un terreno, en cambio el usufructo puede ser de cualquier bien, sea o no de explotación agrícola.

(ix) La enfiteusis es un contrato por medio del cual se le concede el dominio útil al enfiteuta, que luego del análisis de la figura se podría considerar que se cede el usufructo, a diferencia del usufructo, ya que este es un derecho real de carácter temporal.

2.2.3 USO Y HABITACIÓN

2.2.3.1 CONCEPTO.

Desde Roma, el derecho de uso y habitación se eran identificados con el *ius utendi*, es decir el derecho de utilizar la cosa, *contrario sensu*, el derecho de usufructo se identificaba con el *fruendi et abutendi*. Así lo explica el Doctrinante Néstor Musto, "[...] *el primero es el más restringido y, cuando se halla desmembrado, configura clásicamente el uso, caracterizado así como un derecho real sobre cosa ajena que otorga la facultad de utilizar la cosa [...]*[40]

2.2.3.1.1 Diferencias entre uso y habitación.

Actualmente el derecho de uso y habitación se diferencian en dos aspectos. El primero es que el uso puede *"constituirse a título oneroso o gratuito y la habitación*

[40]Musto, Néstor Jorge, "*Derechos reales",* ASTREA, Buenos Aires, 2000, p. 135.

por esencia es gratuita"[41]. El segundo se refiere a que se denomina derecho de habitación cuando se permite el uso de una casa. Así lo establece el artículo 870 del C.C.

> *El derecho de uso es derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.*
> *Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación.*

De acuerdo con lo anterior el derecho de uso, es un derecho real de carácter temporal que posee una persona sobre un bien para que esta pueda gozar de ella. Pero cuando se trata de la posibilidad de habitar una casa o vivir en ella, se denomina derecho de habitación. Lo anterior quiere decir que el uso se puede constituir sobre bienes muebles e inmuebles, en cambio la habitación solo sobre inmuebles.

2.2.3.1.2 Diferencia con el derecho de usufructo.

La anterior noción explicada es muy similar a la de usufructo. Esto es debido a que efectivamente los derechos son similares, la diferencia radica en que quien posee el usufructo tiene más prerrogativas a quien posee el uso habitación. Es decir, que en el primero se tienen más derechos para disfrutar el bien que en el segundo. En armonía con lo anterior, el Doctor Francisco Ternera en su obra ya antes citada ha expresado:

> *El usufructo se diferencia del uso o habitación, entre otras razones, en lo siguiente: con el usufructo se concede un goce amplio de los frutos de la cosa, mientras que el uso y la habitación lo limitan. En términos generales*

[41] Colombia, Superintendencia de Notariado y Registro, Concepto 2429 del 05 de agosto de 2013.

estos derechos reales de uso y habitación pueden concebirse como usufructos restringidos.[42]

2.2.3.2 CARACTERÍSTICAS.

Antes de iniciar el análisis de las características es importante establecer que en lo no regulado en el derecho de uso y habitación, se aplican por analogía las normas del usufructo. De lo anterior se desprende que tanto uso, habitación y usufructo son temporales como todas las limitaciones del dominio.

2.2.3.2.1 Coexistencia de derechos.

Al igual que el usufructo, se trata de una desmembración de la propiedad que conlleva a la desmembración del haz de poderes, lo cual trae como consecuencia la existencia de dos situaciones de derechos sobre un mismo bien. Al particular, la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de diciembre de 2005, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, expuso:

Las apuntadas prerrogativas, sin embargo, pueden disgregarse por fuerza de la constitución de otros derechos reales, como el usufructo, uso o habitación sobre la misma cosa, que son derechos de la indicada estirpe de los cuales obtiene el titular la facultad para usar y gozar de un bien que pertenece a otro, de ahí que se les conozca como derechos de goce sobre cosa ajena, en veces pleno, como en el caso del usufructo, o limitado, en los demás, cuyo ejercicio importa siempre el reconocimiento del dominio que sobre ella ostenta el dueño, por cuenta del cual la detentan.

[42] Ternera Barrios, Francisco, *"Bienes",* UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, Bogotá, 2013, p.304.

Se suscita así una hipótesis de concurrencia de dos derechos reales sobre idéntico objeto, que gozan del respeto recíproco de sus titulares: el dominio, por un lado, en razón del cual conserva el propietario la facultad de disposición sobre él, y el usufructo, uso o habitación, por la otra, que en tanto perduren conceden el disfrute de ella al usufructuario, usuario o a quien pertenece el derecho de habitación, según el caso, derechos que al despojar el dominio de sus más importantes ventajas, lo limitan constituyen desmembraciones de él, de ahí que en tales eventos la propiedad sea mera o nuda, como la define el artículo 669 del Código Civil, porque a diferencia de lo que ocurre con la propiedad plena, está privada de algunas de sus prerrogativas esenciales.[43]

2.2.3.2.2 Constitución y Terminación.

Respecto a la constitución y la pérdida del derecho de uso y la habitación, se puede afirmar que se constituye y se pierde de la misma forma que el usufructo, esto por disposición legal. (Artículo 871). [44]

2.2.3.2.3 Personas que participan en el acto**.**

Así como en el usufructo, encontramos al constituyente por un lado, y por otro el usuario y el habitador. Respecto al primero, es quien debe tener las mismas calidades que el usufructuario, es decir ser capaz y el titular del bien. De igual forma,

[43] Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 15 de diciembre de 2005, magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar, Expediente 4533.
[44] Así lo establece Jaime Arteaga Carvajal en su libro de los Bienes y su Dominio en la página 555. " *aunque el código no trae norma expresa de las afirmaciones que contiene la ley según las cuales estos derechos " se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo" (artículo 871) […]"*

todos los comentarios realizados en el usufructo respecto a la constitución, se aplican al uso y habitación. Sin embargo, respecto a los derechos del nudo propietario, estos son más amplios que los del nudo propietario en el usufructo. Respecto al segundo, en contraposición con el usufructo, no se denomina usufructuario quien se beneficia, sino usuario y habitador.

2.2.3.3 Derechos del usuario y habitador.

En lo referente con los derechos del usuario y el habitador, por un lado se entienden que se limitan a las necesidades personales. Las necesidades personales comprenden: (i) la familia que comprende la mujer y los hijos, (ii) las trabajadoras domésticas que ayudan a la familia, (iii) las personas que vivan con el usuario y habitados y las otras personas que dependan de las primeras (iv) (artículo 874). Por otro lado, el usuario de un cultivo o heredad tiene derecho a los objetos comunes de alimentación y combustible siempre y cuando el dueño se los entregue o los autorice tomar (artículo 876).

2.2.3.4 Obligaciones del usuario y habitador.

Respecto a las obligaciones del usuario y el habitador se puede decir que son cuatro. La primera es realizar inventario cuando el uso se dé sobre cosas que deban restituirse en especie (artículo 872). El habitador siempre está obligado. La segunda es usar los bienes y cuidarlos como si fuera un buen padre de familia. La tercera es contribuir con las expensas ordinarias de conservación y cultivo de forma proporcional al beneficio que le reporten. La cuarta, que se deriva de la misma lógica de ser un

derecho temporal, es que una vez terminado el derecho de uso y habitación, se debe restituir la cosa.

2.2.3.5 Derecho Personalísimo.

Es menester mencionar que el derecho de uso y habitación es de carácter de personalísimo, ya que este derecho se da en razón a quién es la persona, sus cualidades y lo que esta representa para el dueño. Por tal motivo, no es permitido que el derecho de uso y habitación se pueda enajenar, prestar, arrendar, transmitir, transferir o embargar[45] . No obstante, el usuario o habitador si pueden dar los frutos que por derecho le corresponden.

2.2.3.6 Finalidad.

Esta figura, a diferencia de las otras, no se le ha dado un alcance más allá de la finalidad establecida por la ley. Generalmente se presenta cuando una persona quiere ayudar a otra que no se encuentra en buenas condiciones económica y le permite el goce limitado de su bien.

Es tal el fundamento caridad colaboración del derecho de uso y habitación, que es por ello que es un derecho personalísimo. Y de allí que se derivan todas las prohibiciones.

2.2.3.7 Diferencias.

[45] De acuerdo con el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C) "*ARTÍCULO 684. Bienes inembargables. Además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse: […] 14. Los derechos personalísimos e intransferibles, como los de uso y habitación*"

En el presente acápite se van a exponer las diferencias de esta figura con las ya expuestas. Primero se van a tratar las diferencias con la enfiteusis y luego las del usufructo.

Diferencias con la enfiteusis:

(i)La enfiteusis es un contrato que da al enfiteuta el dominio útil del bien. En cambio el uso y la habitación es un derecho real de carácter personalísimo.

(ii)La enfiteusis recae sobre bienes inmuebles, en cambio el derecho de uso y habitación recae sobre bienes muebles como inmuebles.

(iii)En la enfiteusis se puede trasmitir el dominio útil a diferencia del derecho de uso y habitación que no es posible trasmitir por causa de muerte.

(iv)En la enfiteusis se puede transferir el dominio útil, en cambio el derecho de uso y habitación no se puede trasferir.

(v)El derecho de dominio útil que se deriva de la enfiteusis es de carácter perpetuo, en cambio el derecho de uso y habitación está sometido a un tiempo determinado.

(vi)El enfiteuta tiene derecho a los tesoros que llegare a encontrar en el inmueble. Sin embargo, en el derecho de uso y habitación no se contempla dicha posibilidad, escasamente el usuario y el habitador tienen derecho a los bienes necesario.

(vii)En la enfiteusis existe la contraprestación anual que da el enfiteuta al dueño del bien. En el derecho de uso y habitación cuando es oneroso el pago se hace al momento de la constitución o se puede pactar otra forma de acuerdo a lo querido por las partes.

Las diferencias con el usufructo son:

(i)El usufructo dota al usufructuario de una mayor cantidad de prerrogativas sobre el bien. En cambio el usuario y el habitador no tienen los mismos derechos. Un ejemplo, es que en el usufructo, el usufructuario tiene la posibilidad de arrenda el bien porque tiene poder de disposición jurídica. El usuario y el habitador no lo pueden hacer.

(ii)El usufructo si bien es cierto es un derecho real, no es un derecho personalísimo como si lo es el derecho de uso y habitación.

(iii)El usufructuario puede transferir el derecho de usufructo, el usuario y el habitador no puede hacerlo.

(iv)En el usufructo se exige al usufructuario prestar caución e inventario. En cambio, el usuario si cuando el bien deba restituir en especie. Respecto al habitador, este siempre debe realizar inventario.

(v)Al usufructuario le corresponden más obligaciones como el pago de expensas ordinarias y extraordinarias. En cambio el usuario y habitador solo tiene la obligación de pagar las expensas ordinarias a prorrata del beneficio que les genere.

CAPITULO III
PATRIMONIO COMO GARANTÍA GENERAL

3.1 NOCIÓN Y GENERALIDADES

En el presente capítulo se procederán a estudiar las distintas garantías que pueden ser empleadas por los acreedores de una obligación con miras a asegurar su cumplimiento. Puesto que por medio de estas es posible respaldar el pago de las deudas, convirtiéndose en un mecanismo idóneo para evitar que el acreedor se vea afectado por los distintos actos jurídicos que lleve a cabo su deudor. No obstante, en algunas ocasiones dichas garantías no son suficientes y es posible que su beneficiario se vea perjudicado, razón por la cual se procederá a analizar el funcionamiento de las más frecuentes, y su posible afectación al momento de llevar a cabo una partición en vida en cabeza del deudor.

Aun así, es de mencionar que la primer garantía con la que goza un acreedor es el patrimonio mismo de su deudor, puesto que, podrá el primero perseguir los bienes que posea el segundo con el fin de pagarse sus acreencias, tal como lo dispone el artículo 2488 del Código Civil colombiano en las siguientes palabras:

Artículo 2388: Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677.

En este orden de ideas, se contempla que el acreedor podrá perseguir los bienes que el deudor posee si este no cumple con la obligación que está a su cargo, y que los mismos pueden ser presentes o futuros, lo cual da a entender que el acreedor podrá en cualquier tiempo solicitar el pago con los bienes que posee siempre que este no haya cumplido con su obligación inicial.

No obstante, tener como garantía al patrimonio del deudor no es siempre un respaldo efectivo de la deuda, toda vez que existen distintos negocios a través de los cuales este puede disminuir su patrimonio e incluso insolventarse,[46] de tal forma que el acreedor no tendría bienes para perseguir y debería limitarse a la persecución de un bien que en el futuro entre al patrimonio del mismo, o iniciar complejos procesos de simulación para reconstruir el patrimonio.

[46] La enajenación global de activos, al igual que los demás medios observados en este estudio, puede ser usado como un modo de disminuir el patrimonio para afectar los derechos de los terceros acreedores; lo anterior basados en que este mecanismo permite enajenar el 50% o más del patrimonio líquido de una S.A.S, requiriendo únicamente la aprobación de la Asamblea de Accionistas, la cual puede darse por uno o más accionistas que representen la mitad más uno de las acciones presentes en la misma. Adicionalmente, la ley no contempla ningún trámite por medio del cual los acreedores puedan oponerse a dicha operación.

En este sentido, se procederán a estudiar distintas formas a través de las cuales es posible garantizar una deuda, y prevenir conflictos que involucren la insolvencia del deudor o actor simulados para la disminución del patrimonio.

3.2 FIGURAS AFINES A LA GARANTÍA

3.2.1 GARANTÍAS TRADICIONALES

En el presente acápite se van a tratar las dos garantías tradicionales establecidas en el ordenamiento jurídico Colombiano. Se trata entonces de la Hipoteca y de la prenda. Es importante establecer que estas garantías se pueden ver desde dos puntos de vista, como derecho real y como contrato. Así pues, respecto de cada contrato se van a mencionar la noción básica, las características, las partes que intervienen, los derechos y las obligaciones de las partes, la forma de constitución y de extinción de la garantía.

Respecto al contrato de prenda es importante aclarar que la prenda se considera como una garantía tradicional. No obstante, de acuerdo a la nueva ley de garantías mobiliarias (ley 1676 de 2003), la prenda pasa a ser una especie dentro del género de las garantías mobiliarias. En razón a lo anterior, la prenda se explicará en el presente acápite y las garantías mobiliarias en acápites posteriores.

3.2.1.1 CONTRATO DE HIPOTECA

3.2.1.1.1 Noción

Es cierto que el Código Civil Colombiano establece la definición en el artículo 2432, el cual establece "*La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor."* Sin embargo,

se comparte lo sostenido por la doctrina, la cual afirma que esta no es una definición del contrato de hipoteca, sino por el contrario, una definición del derecho de hipoteca. Entonces pues, apartándose de lo establecido por el Código, se puede afirmar que el contrato de hipoteca, es el contrato en virtud del cual el dueño de un bien inmueble, constituye un derecho real de garantía a favor de un tercero que funge como acreedor en una relación jurídica. Esta definición en armonía[47] con el artículo 65 del C.C. al referirse a las cauciones: "*Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda*"

3.2.1.1.2 Características.

La principal característica derivada de la naturaleza misma del bien sobre el cual recae la hipoteca, es que este contrato es *solemne*, es decir, debe constar en escritura pública de acuerdo al artículo 2434 del C.C. De igual forma, debe inscribirse en la oficina de instrumentos públicos de lo contrario no tendría efecto jurídico alguno, según el artículo 2435 del C.C. No obstante, la doctrina ha debatido sobre si es necesario o no inscribir la escritura pública para perfeccionar el contrato. El grupo que afirma que si es necesario, se basa en la literalidad de los artículos establecidos. Quienes afirman que no es necesario, se fundamentan en que en el derecho

[47] Se comparte la opinión del doctor César Gómez Estrada en su libro *"De los principales contratos civiles"* al utilizar la definición de caución para orientar la definición de hipoteca. "*si se requiere una definición del contrato de hipoteca, podría decirse doctrinariamente, utilizando parcialmente la terminología de la definición de "caución" contenida en el artículo 65 del Código Civil […], que es un contrato solemne en virtud del cual una persona afecta un inmueble suyo al cumplimiento de una obligación propia o ajena"*

colombiano se distingue entre el título y el modo. De tal suerte que el titulo seria el contrato de hipoteca, que se perfecciona por escritura pública, creando la obligación para el constituyente de realizar el modo, es decir, de realizar la tradición por medio del registro en la oficina de instrumentos públicos. Otro argumento para establecer que no es necesario, es la posibilidad de hipotecar inmuebles futuros, porque si se sostiene que es necesario el modo para el perfeccionamiento, no es viable hipotecar bienes futuros porque el registro no se puede realizar respecto a cosas futuras e inexistentes en el momento.

El contrato de hipoteca es *accesorio,* es decir que garantiza una obligación principal, por lo tanto una vez extinguida la obligación, se extingue la hipoteca (artículo 2457). Sin embargo, tratándose de hipotecas abiertas sin límite de cuantía, se puede garantizar, además de la obligación principal que da origen a la hipoteca, obligaciones diferentes y futuras, de tal suerte que la extinción de la obligación principal no tendría como consecuencia la extinción de la hipoteca. El ejemplo más claro, son las hipotecas constituidas a favor de las Entidades Financieras que garantizan un crédito de vivienda pero en el contrato se establece que garantiza otras obligaciones. Generalmente se utiliza, palabras más, palabras menos, la siguiente redacción: "*la presente hipoteca abierta además de garantizar la presente obligación, también garantizará las obligaciones derivadas de mutuos futuros, de tarjetas de crédito, y cualquier tipo de obligación donde el Banco funja como acreedor".*

De igual forma el contrato de hipoteca es *unilateral* cuando se sostiene que se perfecciona con el registro en la oficina de instrumentos públicos. Cuando se sostiene que solo se perfecciona con el otorgamiento de la escritura pública, es *bilateral,* ya que es obligación del deudor hacer la tradición del derecho real y es obligación del acreedor cancelar la hipoteca (Artículo 2457). Es *nominado y típico,* ya que se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico con su respectivo nombre jurídico.

Aunado a lo anterior, la hipoteca es indivisible de acuerdo con el artículo 2433 del C.C. "*La hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.".* Por tanto, si el inmueble se llegare a dividir, la hipoteca seguiría afectando a todos los nuevos inmuebles que se desprenda del inmueble originario. Por ejemplo, pensemos en una finca que tiene diez hectáreas y sobre la cual se constituye una hipoteca. El dueño decide dividir la finca en diez fincas más pequeñas, cada una con una hectárea. La hipoteca se entiende constituida sobre las diez fincas nuevas.

Partiendo de la premisa de que la hipoteca es un derecho real, se puede afirmar que cuenta con otras dos características. La primera, es que dota al titular el derecho de *persecución,* es decir que por medio de la acción real puede perseguir el bien cuando este se encuentre en manos de terceros, de tal suerte que así esté en manos de un tercero, puede dentro de un proceso ejecutivo venderlo mediante subasta pública. La segunda, es que confiere al titular el derecho de *preferencia,* lo cual significa que con el dinero recuperado de la venta en subasta pública, primero va a

pagar al titular de la hipoteca y en el caso en que haya remanente a los demás acreedores. Cuando existan varias hipotecas sobre un mismo inmueble, tendrá preferencia quien haya inscrito primero la escritura de hipoteca en la oficina de instrumentos públicos. Así pues haciendo alusión al principio del derecho, *primero en el tiempo, primero en el derecho.*

3.2.1.1.3 Partes que intervienen.

Por un lado encontramos al acreedor de la obligación. Es la persona que se beneficia de la constitución de la hipoteca, ya que garantiza el cumplimiento de la obligación con el inmueble. Por otro lado encontramos al dueño del bien quien constituye la hipoteca. Respecto a los dos se debe predicar todos los requisitos de cualquier negocio jurídico, es decir, capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa licita. Es importante precisar que en el contrato de mandato es necesario otorgar poder especial para constituir hipoteca y no se requiere por medio de documento público, sino por el contrario, por documento privado.

Cuando se toca el tema de las partes que intervienen en el negocio jurídico, existen dos temas que se pueden formular en pregunta, sobre los cuales es necesaria una mención. La primera pregunta: ¿es posible hipotecar un bien propio para garantizar una deuda ajena? La segunda pregunta: ¿es válida la hipoteca constituida sobre bien ajeno? Respecto a la primera se puede afirmar con total seguridad que sí. La razón, es que así lo dispone el artículo 2439 inciso 2° "*Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el dueño, si este no se ha sometido expresamente a*

ella.". Así pues, quien constituye hipoteca para garantizar la obligación de un tercero, no adquiere una obligación personal. Por tal motivo, sobre él solo es posible ejercer la acción real hipotecaria y no personal, esta última se ejerce contra el deudor de la obligación.

Respecto a la segunda pregunta, la doctrina se encuentra dividida. Quienes afirman que si es viable la hipoteca sobre bien ajeno, se basan en la misma lógica para establecer que es posible la venta de la cosa ajena:

> *Los defensores de la tesis se apoyan en la distinción que se hace en nuestro derecho entre título y modo, y apelan al mismo razonamiento que se hace para justificar la venta de la cosa ajena: el título está constituido por el mero contrato, y de él solo surgen obligaciones; el derecho real apenas nace cuando opera el modo, que es la tradición o la constitución del derecho mediante registro. […]; pero para efectos de celebrar el contrato mediante el cual se asume la obligación de transferir o constituir el derecho, es decir, para efectos de crear el título, no se requiere en forma alguna que el que asume tal obligación sea verdadero titular del derecho* [48]

En contraposición con la anterior postura, se encuentra que no es viable la hipoteca sobre bien ajeno. Lo anterior teniendo en cuenta que, para estas personas el contrato de hipoteca solo se perfecciona mediante la inscripción de la escritura pública en la oficina de instrumentos públicos.

3.2.1.1.4 Derechos y obligaciones del acreedor.

[48] Gómez Estrada, César, *"De los principales contratos civiles",* TEMIS, Bogotá, 2008, p.492.

Como obligaciones del acreedor, encontramos la de registrar la cancelación de la hipoteca y la de esperar el plazo convenido para el pago, de lo contrario una vez inmerso en mora, puede iniciar el acreedor el proceso ejecutivo hipotecario. Respecto a los derechos encontramos cuatro, tres derivados de la consecuencia de ser un derecho real y el otro derivado de la relación misma de acreedor y deudor. Partiendo de la premisa de que la hipoteca es un derecho real, se puede afirmar que el acreedor cuenta con tres derechos que se relacionan entre sí. El primero, es que dota al titular el derecho de *persecución*, es decir que por medio de la acción real puede perseguir el bien cuando este se encuentre en manos de terceros, de tal suerte que así esté en manos de un tercero, puede dentro de un proceso ejecutivo venderlo mediante subasta pública. El segundo, es el derecho de *venta forzosa*, el cual consiste en el poder del acreedor de iniciar el proceso ejecutivo en caso del mora del deudor, para que una vez embargado, secuestrado y realizado el avalúo y la liquidación del crédito, se proceda a fijar fecha para remata. Cuando se trata de bienes de la hipoteca sobre cuotas de un bien comunero, el ganador de la subasta pública entra a ser parte de la comunidad. El tercero, es que confiere al titular el derecho de *preferencia*, lo cual significa que con el dinero recuperado de la venta en subasta pública, primero va a pagar al titular de la hipoteca y en el caso en que haya remanente a los demás acreedores. Cuando existan varias hipotecas sobre un mismo inmueble, tendrá preferencia quien haya inscrito primero la escritura de hipoteca en la oficina de instrumentos públicos. Así pues, haciendo alusión al principio del derecho, *primero en el tiempo, primero en el derecho.*

Además el acreedor tiene derecho a que se le mejore la hipoteca cuando el bien se ha deteriorado o destruido (artículo 2451) so pena de declarar vencido el plazo. Se entiende que el acreedor tiene dos opciones. Primero, constituir hipoteca sobre otro bien o segundo, prestar caución equivalente.

3.2.1.1.5 Derechos y obligaciones del deudor o constituyente.

Es constituyente cuando es un tercero que garantiza el cumplimiento de una deuda ajena, es deudor cuando el constituyente garantiza una deuda propia. La principal obligación del constituyente o deudor es la de conservar la cosa so pena de que el acreedor haga ejercicio de su derecho de solicitar mejora de la hipoteca. Lo anterior teniendo en cuenta que:

> *A diferencia de otros derechos reales sobre cosa ajena (en particular, aquellos incluidos dentro de las categorías de derechos de goce), la hipoteca no conlleva el traslado posesorio de la cosa gravada a manos del titular; […]*
>
> *Obviamente, un derecho real que no concede a su titular la posesión efectiva de la cosa ofrece un riesgo de deterioro material y de frustración de la garantía del acreedor […]*[49]

En este orden de ideas, la facultad de pedir la mejora de la garantía se deriva de la misma dinámica del negocio. Teniendo en cuenta que, el acreedor no entra en posesión del bien, sino por el contrario, es el deudor o constituyente quien se queda con el bien. Y es que la necesidad de quedarse con el bien resulta de la posibilidad

[49] Moralejo Imbernón, "Los contratos constitutivos de derechos reales de garantía", en *Tratado de contratos*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2013, pp. 4811 – 4905.

que tiene el deudor de explotar económicamente el bien para así poder cancelar el mutuo al deudor.

El derecho que tiene el constituyente o deudor es el de enajenar o hipotecar nuevamente el bien (artículo 2440 C.C.). Respecto a la enajenación basta con decir que se trasfiere con gravamen, bajo ninguna circunstancia se entiende que la hipoteca deja de existir por el hecho de transferirse. Lo concerniente a la posibilidad de poder hipotecar nuevamente el bien, se entiende que la primera hipoteca tiene preferencia respecto de la segunda, de tal suerte que en un proceso judicial siempre se debe llamar al tercero con preferencia para que haga valer su derecho.

3.2.1.1.6 Constitución.

Encontramos que la única forma de constituir una hipoteca es por medio del acuerdo de voluntades en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. No encontramos, como en el usufructo, la constitución legal o la adquisición por vía de prescripción adquisitiva. De igual forma, encontramos que solo es susceptible de hipotecar los bienes inmuebles, el usufructo o las naves, de acuerdo con el artículo 2443 del C.C.

Sin embargo, encontramos modalidades de hipoteca que dependen de si la hipoteca se encuentra sometida a plazo o a condición[50], de acuerdo con el artículo 2438 del C.C. cuando está sometida a condición, entendemos que puede ser

[50] De acuerdo con el artículo 1551 del C.C. establece "*el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo",* es decir que es el hecho futuro y cierto. En cuanto a la condición, el artículo 1530 del C.C. versa "*es la obligación condicional la que depende de una condicional, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder",* es decir que se trata de un hecho futuro e incierto.

suspensiva o resolutiva. En el primer caso, cumplida la condición, es válida la hipoteca y la fecha de la hipoteca será el día de la inscripción. En el segundo caso, la hipoteca sería válida al momento de su constitución por medio de escritura pública y su terminación sería el cumplimiento de la condición. Aunque esta en la práctica no es viable, teniendo en cuenta que nadie quería tener una garantía, cuya extinción dependería de un hecho futuro e incierto. Y por último, encontramos la sujeta a plazo, se puede analizar desde dos puntos de vista. El primero, que se constituya la hipoteca y se fije como vigencia hasta una determinada fecha. El segundo, es que se constituya la hipoteca y solo llegado un día fijado por las partes, comience a surtir efectos hasta determinado día. Es decir, en el primer caso la hipoteca es válida desde el momento mismo de la constitución, presumiendo el correspondiente registro, y el segundo caso, la hipoteca es válida tiempo después de constituida.

Cuando encontremos que la constitución de la hipoteca adolezca de algún vicio de nulidad relativa, es posible subsanar dicho vicio. La fecha del registro de la hipoteca es la de inscripción y no de la subsanación. De igual forma:

> "*por virtud de la subrogación hecha por el artículo 2° de la ley 50 de 1936, se extiende también a los casos de nulidad absoluta que puedan sanearse por ratificación de las partes; no lo serán, como se sabe, cuando la nulidad absoluta sea generada por objeto o causa licita"*[51]

[51] Bonivento Fernández, José Alejandro, "*Los principales contratos civiles y comerciales", LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL, Bogotá, 2005, p. 72.*

También encontramos que es viable hipotecar los bienes en común y proindiviso debido a la pluralidad de titulares. (Artículo 2442). No obstante, es hasta la división material del bien, que se adquiere certeza sobre el objeto de la hipoteca, ya que la hipoteca recaerá sobre la porción adjudicada al comunero. En el caso en que la porción adjudicada no sea susceptible de hipotecarse, la hipoteca deberá extinguirse y cancelarse. Ahora, de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad, nada prohíbe que los comuneros, en el contrato de hipoteca, acepten que la hipoteca subsista a las porciones adjudicadas a los demás comuneros, esto es, hacer contrato de hipoteca. Sin embargo, cuando se constituye hipoteca sobre una parte cierta del bien común, todo depende de la adjudicación. Si se adjudica esa parte cierta, se entiende que se era dueño de esa parte desde el momento en que se constituyó hipoteca. Caso contrario, la hipoteca debe extinguirse y cancelarse, salvo que, a quien se le haya adjudicado esa porción cierta, consienta dicha hipoteca mediante escritura pública, es decir, deberá constituirse hipoteca por los nuevos dueños del cuerpo cierto, como se dijo anteriormente.

De igual forma es viable otorgar hipoteca sobre bienes futuros, según el artículo 2444 C.C.. Sin embargo, se debe precisar en el contrato el bien que será gravado con la hipoteca, para evitar, claro está, hipotecas sobre la generalidad del patrimonio del deudor.

3.2.1.1.7 Extinción.

Cuando estamos en presencia de hipotecas sometidas a plazo o a condición, se extingue llegado el día cierto o acecido el hecho que da origen al cumplimiento de la obligación. Cuando no se trate de esta clase de hipotecas, se extingue cuando la obligación principal se extinga, esto se repudia de la característica de accesorio del contrato. Es importante establecer que cuando se trata de hipotecas abiertas y sin límite de cuantía, estas se extinguen hasta la extinción de todas las obligaciones del deudor. Es menester mencionar que la hipoteca puede que se haya extinguido, no obstante las cosas en derecho se deshacen como se hacen, por lo tanto debe registrarse la cancelación de la hipoteca en la oficina de instrumentos públicos.

3.2.1.2 CONTRATO DE PRENDA CIVIL

Teniendo en cuenta que en el ordenamiento colombiano existen dos regulaciones diferentes para el contrato de prenda, se va a explicar por aparte. Primero se va a exponer la regulación establecida en el código civil y luego la contemplada en el código de comercio.

3.2.1.2.1 Noción

De acuerdo con el Doctor Francisco Ternera en su libro de Bienes, al referirse a la noción de prenda con tenencia, expresa:

> "*con la palabra prenda se hace referencia a varios conceptos. En efecto, por tal entendemos, ya el contrato en virtud del cual se entrega al acreedor una cosa mueble como garantía de crédito, y a la cosa misma entregada y,*

además, el derecho real que le asiste al acreedor sobre el bien pignorado"[52]

En igual sentido nuestro Código Civil en el artículo 2409 define prenda como: "*Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario".* En este orden de ideas, se puede definir el contrato de prenda como aquel contrato donde una persona constituye un derecho real, sea el deudor o un tercero, en favor de un acreedor a quien se le debe entregar el bien mueble para garantizar el cumplimiento de una obligación

3.2.1.2.2 Características

La primera característica que sale a relucir de acuerdo con la noción antes realizada, es la de ser un contrato *real*, es decir que su perfeccionamiento se hace con la entrega del bien, de lo contrario no existe contrato. En igual sentido encontramos el artículo 2411 del C.C. "*Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor*."

La segunda característica es que el contrato de prenda es *accesorio*, ya que garantiza siempre a una obligación principal. No obstante, al igual que la hipoteca, la extinción de la obligación principal no acarrea la extinción del contrato de prenda, sino que la prenda seguirá amparando otras obligaciones siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 2426 del C.C:

[52] Ternera Barrios, Francisco, *"Bienes",* UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, Bogotá, 2013, p.334.

Satisfecho el crédito en todas sus partes deberá restituir la prenda. Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes:

1. Que sean ciertos y líquidos.

2. Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda.

3. Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.

La tercera característica es que se trata de un contrato *unilateral*, ya que una vez perfeccionado, el acreedor se obliga a guardar y a conservar la cosa. Lo anterior de acuerdo con el artículo 2419 del C.C. "*El acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda, como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa*." Sin embargo, es posible que el deudor o constituyente deba reconocer al acreedor los gastos por la guarda y conservación de la cosa.

La cuarta característica, es que se trata de un contrato típico y nominado. Se encuentra regulado en la ley y con nombre jurídico.

3.2.1.2.3 Partes que intervienen

Encontramos por un lado al acreedor prendario, quien es el que tiene el bien objeto de la prenda. Por otro lado, encontramos al deudor o tercero constituyente cuando se ampara la deuda de un tercero. El bien mueble entregado se denomina prenda. De igual forma como en el contrato de hipoteca, en el contrato de prenda es necesario que las partes tengan capacidad y consentimiento libre de vicios.

3.2.1.2.4 Derechos y obligaciones del acreedor

El contrato de prenda concede derechos reales de retención, de persecución, de venta forzosa y de preferencia. Todo también presentes en la hipoteca salvo el derecho de retención, ya que el acreedor no posee la tenencia del bien inmueble.

Respecto al derecho de *retención,* este consiste en la facultad del acreedor de tener el bien hasta tanto no se pague la obligación, los gastos de conservación y perjuicios causados al acreedor en razón a la tenencia (artículo 2421 C.C.). Además, como se explicó anteriormente, el acreedor tiene la facultad de retener el bien mueble por aquellas otras obligaciones, siempre con el cumplimiento de determinados requisitos. Aun así, existen dos casos en los cuales no se puede hacer extensiva la prenda. El primero, no puede hacerse extensiva la prenda, aun cuando se cumplan los requisitos antes mencionados, en el caso en que el acreedor pierda la tenencia del bien mueble y el deudor pague la obligación principal (artículo 2418). El segundo caso, es cuando el deudor vende el bien mueble dado en prenda, ya que el adquiriente tiene el derecho de pedir al acreedor el bien mueble, pagando el valor de la obligación principal. En todo caso, el acreedor prendario no podrá retener el bien mueble, aduciendo que existen otras obligaciones. (Artículo 2429). Este derecho da pie para explicar la indivisibilidad de la prenda, el cual consiste en la prohibición por parte del deudor, de solicitar la restitución de una parte de la prenda por el hecho de pagar parte del capital, los intereses o los perjuicios. Se requiere el pago total para la restitución (artículo 2430).

En lo que concierne el derecho de *persecución,* el acreedor prendario podrá recobrar el bien de acuerdo con el artículo 2418, "*Si el acreedor pierde la tenencia de la prenda, tendrá acción para recobrarla, contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la ha constituido*." En armonía con lo anterior, encontramos el artículo 948, al referirse a las cosas que pueden reivindicarse: "*Los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio, excepto el derecho de herencia."*

En cuanto al derecho de *venta forzosa*, lo encontramos en el artículo 2422 del C.C. Una vez el deudor entrado en cesación de pago, incumpliendo con la obligación, el acreedor prendario podrá iniciar proceso ejecutivo para la venta del bien mueble en pública subasta. No obstante, el deudor puede evitar la venta forzosa pagando la obligación principal (artículo 2424 C.C.) Y en cuanto al derecho de *preferencia,* consiste en que el acreedor hipotecario se encuentra por encima de todos los terceros para pagarse la acreencia con el dinero que resulte de la venta en pública subasta.

En lo que concierne a las obligaciones del acreedor, encontramos dos. Por un lado, la obligación de conservar el bien mueble dado en prenda, de tal suerte que si deteriora por culpa o por hecho del acreedor, este responde por los perjuicios causado (artículo 2419). Por otro lado, la obligación de restitución del bien mueble una vez se pague la obligación.

3.2.1.2.5 Derechos y obligaciones del deudor

Encontramos tres grandes derechos. El primero es el derecho a que se le restituya la cosa el cual puede ser en tres casos. El primero, que es lo normal, cuando se paga el total de la obligación, capital junto con sus intereses y gastos de conservación. El segundo, en cuando el acreedor abusa del bien mueble dado en prenda. El tercero, es cuando se le permite reemplazar la prenda, restituyéndole la antigua y dando la nueva. Estos casos contemplados en el artículo 2421 del C.C..

El segundo derecho, es ejercitar la acción reivindicatoria para recuperarla de terceros que tengan la posesión (artículo 948 C.C.). El tercer derecho es solicitar la indemnización de los perjuicios que el acreedor haya causado por su culpa.

En cuanto a las obligaciones, como mencionamos anteriormente, no existen en cabeza del deudor. No obstante, como lo ha reconocido la doctrina, es obligación del deudor pagar al acreedor todos los gastos en que este último ha incurrido para la conservación del bien.

3.2.1.2.6 Constitución.

Teniendo en cuenta que se trata de un contrato, deben estar presentes requisitos de todo contrato, es decir, consentimiento libre de vicios, capacidad, objeto y causa licita. Respecto al objeto, es importante establecer que solo recae sobre bienes muebles, tanto corporales como incorporales.

3.2.1.2.7 Extinción.

De acuerdo con el Doctor José Alejandro Bonivento, "*la prenda se puede extinguir por vía directa o principal o por indirecta o consecuencial*"[53]. Cuando es por vía directa, hacemos referencia al artículo 2431 del C.C., que son aquellas causales que recaen sobre el objeto o sobre el contrato de prenda. Cuando se hace referencia a las causales por vía indirecta, se refiere a aquellas que extinguen la obligación principal y como consecuencia la prenda. Esto pues, por ser el contrato de prenda accesorio.

3.2.1.3 CONTRATO DE PRENDA COMERCIAL

La diferencia entre el contrato de prenda en materia comercial con la regulación civil, radica principalmente en que en materia comercial es posible la prenda sin tenencia del acreedor. Sin embargo es necesario que el bien objeto de la prenda se le dé una explotación económica. Esto con la idea de que el bien vaya generando riqueza con la cual sea posible pagar la obligación principal. El artículo 1207 del Código de Comercio establece:

> *Prenda Sin Tenencia. Salvo las excepciones legales, podrá gravarse con prenda, conservando el deudor la tenencia de la cosa, toda clase de muebles necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación.*
>
> *Toda prenda sin tenencia del acreedor se regirá por la ley mercantil.*

[53] Bonivento Fernández, José Alejandro, "*Los principales contratos civiles y comerciales",* LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL, Bogotá, 2005, p. 33.

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que el acreedor no posea la tenencia del bien, trae como consecuencia el cambio en las relaciones de las partes. Los derechos y las obligaciones de las partes del contrato cambian en alguna forma pero siguen siendo similares, solo aumentan derechos y obligaciones respecto al hecho de la prenda con tenencia. Por tanto es necesario hacer un breve análisis de las diferencias.

La primera diferencia, es que al deudor se le impone las obligaciones y la responsabilidad del depositario, de acuerdo con el artículo 1212 del C.Co. Esto hace que el deudor tenga la obligación de conservar la cosa para que esta no se desmejore y el perjudicado sea el acreedor. En materia civil, la obligación de conservar la cosa recae sobre el acreedor quien es la persona que tiene la tenencia, en materia comercial es al revés.

La segunda diferencia se puede observar como derecho por parte del acreedor y obligación por parte del deudor. Es obligación del deudor contar con la autorización escrita por parte del acreedor para cambiar de lugar el bien objeto de la prenda. En *contrario sensu* es derecho del acreedor que el deudor le solicite el permiso para cambiar el bien del lugar (Artículo 1213 C.Co.)

La tercera diferencia, es el derecho que tiene el acreedor de inspeccionar el bien objeto de la prenda. El artículo 1217 del C.Co. establece: "*El deudor está obligado a permitir al acreedor inspeccionar, según la costumbre, el estado de los bienes objeto de la prenda, so pena de hacerse ipso facto exigible la obligación en caso de incumplimiento.".* Como se desprende del contenido literal del artículo, el

incumplimiento por parte del acreedor, genera la extinción del plazo, haciendo exigible la deuda.

El incumplimiento de las obligaciones del deudor, de acuerdo con el artículo 1213 del C.Co. , le permite al acreedor adoptar dos posturas disyuntivas. La primera, solicitar al deudor el bien objeto de la prenda, o, la segunda, exigir al deudor el pago de la obligación principal.

Además de las diferencias comentadas anteriormente, existen más diferencias a lo concerniente a las formalidades, contenido e inscripción del contrato para la oponibilidad. Sin embargo, estos temas se trataran en el acápite de las garantías mobiliarias.

3.2.2 GARANTÍAS MOBILIARIAS

En relación con este tema, es necesario resaltar la novedad que representan las garantías mobiliarias y su aplicación en el ámbito nacional, toda vez que las mismas han sido incluidas en el ordenamiento jurídico colombiano por medio de la Ley 1676 del 20 de Agosto de 2013. En este sentido, dichas garantías no han sido aplicadas por un amplio sector de la sociedad, puesto que su empleo y divulgación apenas se está poniendo en práctica, lo cual se traduce en que estas se encuentran en vía de ser una herramienta importante para respaldar las acreencias, pero su uso, al igual que la partición en vida, está supeditado a un conocimiento generalizado de la población; sin embargo, aun cuando se trata de un instrumento sumamente efectivo y atractivo, es

necesario resaltar de este los aspectos más generales, puesto que intentar abordar todo lo que este supone, representa un estudio que desborda los límites planteados como centrales en la presente monografía.

Así las cosas, para entrar a hacer un análisis de las presentes garantías, es necesario partir de ciertos aspectos fundamentales que las explican y contienen lo relacionado a su naturaleza jurídica y efectos. En este sentido, se procederá a explicar en primer lugar su noción, objeto y alcance.

3.2.2.1 Noción

Con respecto a la noción de garantía mobiliaria es pertinente traer a colación el inciso segundo, del artículo 3 de la ley en cuestión el cual dispone lo siguiente:

> *Independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley.*

Teniendo en cuenta esto, se entiende por garantía mobiliaria a grandes rasgos, toda operación destinada a garantizar obligaciones con bienes muebles, entre los que se encuentran "*todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e*

incorporales, derechos, contratos o acciones a los que las partes atribuyan valor económico" (Artículo 6 Ley 1676 de 2013, núm., 6.), salvo los que la ley expresamente prohíba.

Adicional a lo anterior, el presente artículo indica que lo regulado en otras disposiciones acerca de la prenda, sea civil o comercial, en cualquiera de sus modalidades, y la fiducia en garantía sea regirá por las normas de la ley sobre garantías mobiliarias.

3.2.2.2 Constitución

Con respecto a lo dispuesto sobre la constitución de garantías mobiliarias, la ley dispone que esta podrá constituirse por medio de un contrato entre el garante y acreedor, o en los casos en que esta ópera por ministerio de la ley, sobre la prelación entre garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía.

A su vez, determina como legitimado para constituir la garantía a aquella persona que tiene la facultad de disponer o gravar el bien objeto de la misma, además señala que en los casos en los cuales la garantía requiera de un registro especial, solo podrá gravarla aquella persona que aparezca como titular del bien dentro de dicho registro.

Así mismo, indica la ley en este aparte el contenido del contrato de garantía mobiliaria, el cual deberá comprender como mínimo: Nombres, identificación y firmas de los contratantes; el monto máximo cubierto por la garantía mobiliaria; la descripción genérica o específica de los bienes dados en garantía y una descripción de las obligaciones garantizadas.

Finalmente, señala que tendrá el carácter de título ejecutivo, el formulario registral de ejecución de la garantía mobiliaria inscrito o de restitución.

3.2.2.3 Derechos y obligaciones de las partes

Con respecto al garante, salvo pacto en contrario, y en tratándose de garantía sin tenencia del acreedor garantizado, este podrá efectuar cualquier negocio sobre el bien garantizado. A su vez, este se encuentra obligado a (i) suspender el ejercicio de derechos sobre el bien, cuando se le notifique que se ejecutará la garantía, (ii) evitar pérdidas y deterioro del bien (iii) permitir la inspección del acreedor garantizado a los bienes sujetos a la garantía para verificar su estado de conservación, (iv) asumir los riesgos de destrucción, perdida o daño del bien, (v) pagar todos los impuestos y gastos relacionados con el bien.

Po su parte, el acreedor garantizado, debe: (i) ejercer cuidado razonable en la custodia y preservación de los bienes en garantía que se encuentren en su tenencia, (ii) mantener los bienes en garantía que se encuentren en su tenencia de manera que permanezcan identificables, pero en el caso de que estos sean fungibles debe mantener la misma cantidad y calidad y, (iii) salvo pacto en contrario, cuando algunas obligaciones del garante a favor del acreedor garantizado estén parcialmente satisfechas, presentar el formulario registral de modificación que elimina algunos bienes sobre la garantía mobiliaria o rebaja el monto máximo de la obligación garantizada.

Así mismo, este tiene derecho a: (i) usar los bienes en garantía que se encuentren en su tenencia solo dentro del alcance contemplado en el contrato de

garantía y, (ii) cobrar al garante los gastos de mantenimiento; cuando los bienes en garantía se encuentren en su tenencia y se haya pactado previamente.

Por otra parte, cuando la obligación génesis de la garantía se encuentre satisfecha, el garante podrá solicitarle lo siguiente al acreedor garantizado: (i) Que se le devuelvan los bienes en garantía, dentro del alcance contemplado en el contrato de garantía, (ii) que cancele el control sobre cuentas bancarias (iii) que notifique al deudor del crédito cedido sobre el cumplimiento de la totalidad de la obligación, liberándolo de toda obligación para con el acreedor garantizado y, (iv) que presente el formulario registral de cancelación de la garantía mobiliaria.

3.2.2.4 Oponibilidad

Con respecto a este punto, es de anotar que la ley determinó como mecanismos para la oponibilidad de la garantía mobiliaria los siguientes: (i) La inscripción en el registro. (ii) La entrega de la tenencia del bien. (iii) El control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este.

Además de lo anterior determinó que frente a la primera posibilidad, los efectos de las garantías en cuestión se surtirán frente a terceros a partir de la inscripción en el registro, de tal forma que no será necesario un registro adicional en el Registro Mercantil.

3.2.2.5 Registro

La ley define al registro como "*un sistema de archivo, de acceso público a la información de carácter nacional, que tiene por objeto dar publicidad a través de*

Internet a los formularios de la inscripción inicial, de la modificación, prórroga, cancelación, transferencia y ejecución de garantías mobiliarias". (Artículo 38 Ley 1676 de 2013 inc. 1).

Este registro se caracteriza principalmente por que opera por medio de la inscripción de formularios de registro diligenciados a través de internet, se organiza como un registro de naturaleza personal, en función de la identificación de la persona natural o jurídica garante. A cada garante le corresponderá un folio electrónico, en el que se inscribirán cronológicamente los datos contenidos en los formularios, y es un registro único con una base de datos nacional que se llevará por la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio.

CONCLUSIONES

En primer lugar, y después de revisar el análisis precedente, es evidente que mediante la aplicación de la partición en vida es posible afectar acreedores del partidor, y por lo tanto se hace sumamente necesario determinar que protecciones se le van a dar al mismo, con miras a evitar fraudes y posteriores procesos encaminados a desenmascarar y poner en evidencia los mismos. Aunado a lo anterior, es posible concluir que entre las figuras por medio de las cuales se desmiembra la propiedad y la partición en vida, es esta última mediante la cual es posible en mayor medida la protección de los derechos de los acreedores. Lo anterior teniendo en cuenta que, por un lado, en la enfiteusis, en el derecho de usufructo y en el derecho de uso o

habitación, la forma de constitución es por el solo acuerdo de voluntades, en virtud de la autonomía de la voluntad, y no requiere licencia judicial. En cambio en la partición en vida si se requiere licencia judicial, la cual, para ser expedida, el juez debe observar al detalle los derechos de terceros acreedores para darle una protección.

Por otro lado, la desmembración de la propiedad trae como consecuencia la disminución del patrimonio del deudor, que sirve como prenda general de los acreedores, perjudicando los derechos de los terceros acreedores. En cambio, en la partición en vida, el criterio de protección de los acreedores debe ser tomado en cuenta por el juez al momento de dar su aval.

En la enfiteusis, el dueño del bien se despoja del "dominio útil" del bien por un tiempo indefinido, como regla general, o por un largo periodo de tiempo definido. Si bien es cierto, el dueño conserva la disposición jurídica sobre el bien, también es cierto, que sobre un bien inmueble, generalmente un terreno, lo importante es tener el poder de explotación sobre el bien y de transformación de la sustancia –la gran diferencia respecto de nuestro derecho de usufructo-. La intención de toda persona al adquirir un terreno, o la de la gran mayoría, a menos de aquellas personas que adquieren una finca o terreno para vacacionar, es de explotar y transformar económicamente el terreno, construyendo, edificando, sembrando cultivo, extrayendo recursos naturales, como la minería, utilizándolo para la comida de los bovinos, etc.

El dueño del bien al ser ajeno al dominio útil del mismo, no tiene el derecho sobre la esencia del bien, quedando inservible. Por ejemplo: Pedro es dueño de una finca de 100 hectáreas, y cede a Carlos el dominio útil del bien quien cultivó café en

toda la finca. Marcela es acreedora de Pedro e inicia un proceso ejecutivo para que el bien sea vendido en pública subasta. ¿Existirán oferentes en la subasta? ¿Se presentaran la misma cantidad de oferentes si Pedro fuera propietario absoluto del bien? Lo más sincero es afirmar que el bien no es atractivo para que los terceros hagan postura, ya que de poco o nada sirve una finca sin poderla explotar económicamente. Ahora, es claro que si Pedro tuviera el dominio útil del bien, la subasta saldría exitosa y Marcela recuperaría el dinero prestado. Es importante mencionar que no se quiere afirmar que no haya subasta, esta puede darse, pero muy seguramente se adjudicaría a un ofertante por un precio menor.

En el usufructo se puede mirar desde dos aristas. La primera, es que debido a la constitución del usufructo, se pierde la esencia misma del bien, siendo menos atractivo el bien a la hora de realizar una subasta pública, como se explicó anteriormente en la enfiteusis. La segunda, es que el deudor puede constituir usufructo para él y dejar a sus hijos o a cualquier otra persona como nudo propietario, para que en el caso de su muerte, el usufructo pase a ser del nudo propietario, consolidándose el usufructo con la propiedad. Por ejemplo: Estefanía es hija de Paco, el cual tiene un único bien avaluado por mil millones de pesos y sus deudas son de cien millones de pesos. Resulta evidente que el bien es suficiente para pagar el total de las deudas. Resulta que Paco constituyo usufructo a favor de él y dejo a su hija Estefanía como nuda propietaria. Paco muere y Estefanía obtiene la totalidad de haz de poderes sobre el bien. Los acreedores de Paco no tendrían bienes para realizar

subasta pública. Lo mismo se aplicaría en el caso de existir más bienes sobre los cuales se constituyera el usufructo.

En cuanto al derecho de uso y habitación, pasa lo mismo que en la enfiteusis y en el usufructo. El dueño del bien pasa a ser el nudo propietario. Sin embargo, el nudo propietario en este caso no pierde la misma cantidad de derecho y prerrogativas sobre el bien, sino que pierde unas pocas y limitadas. De tal suerte que, dentro del acápite donde se explica la figura, se expresó que se considera como un usufructo limitado. En este orden de ideas, el bien objeto de remate no dejaría de ser tan atractivo para los postores. Sin embargo, quien se beneficia del derecho de uso y habitación queda blindado ante embargos, debido a que es un derecho personalísimo, y posee una especial protección.

Por otra parte, y respecto al rol del juez frente a la aplicación de la partición en vida, se había anotado que este tiene la responsabilidad y el deber de proteger los derechos de los terceros acreedores. No obstante, no hay claridad respecto al alcance y las consecuencias que implica dicha protección., por ende en el presente escrito se han de proponer tres posibles interpretaciones en tratándose de obligaciones dinerarias.

En primer lugar se propone una solución, la cual dominaremos como *"la teoría del pago de las obligaciones*", la cual consiste en que el juez solicita a la persona que pretenda realizar la partición en vida, el pago total de todas las obligaciones, así estas estén sometidas a plazo y este se encuentre vigente. Esto pues,

considerando a un juez con tendencia a garantizar definitivamente de los derechos de los terceros. Se estima como una de las posibilidades más radicales.

La cuestión radica en si es obligación contar con el consentimiento del acreedor, o por el contrario, el juez puede imponer al acreedor el pago total de la obligación, aun cuando, como se dijo anteriormente, la obligación esté sujeta a plazo y este se encuentre vigente. Se considera viable dos posturas. La primera, es afirmar que el acreedor debería estar obligado a recibir el pago total de la obligación, ya que de esta forma no corre riesgo de que en un futuro el deudor no pueda cumplir con la obligación. La segunda, es afirmar que no se encuentra obligado a recibir el pago total de la obligación, so pena de no poder ejercitar la acción de recisión, ya que nadie puede alegar su propia culpa en favor suyo.

La segunda interpretación, la cual será denomina como *"la teoría de la equivalencia"*, consiste en que el juez debe analizar los activos y los pasivos, de tal suerte que la autorización solo debe recaer sobre unos bienes y no todos, resultando de esta forma bienes en el patrimonio del deudor para garantizar las obligaciones. Por ejemplo: Juan tiene ocho bienes cada uno avaluado en 100 millones, es decir, 800 millones de activos. De igual forma, Juan posee tres obligaciones que suman 500 millones. En este caso, el juez podría autorizar la partición solo respecto a 3 bienes, de tal suerte que el deudor queda con un patrimonio de 500 millones, el cual es equivalente a la suma total de las obligaciones. Es importante mencionar que para la equivalencia de los activos y los pasivos, en estos últimos solo se tienen en cuenta aquellos deudores que no poseen garantía alguna, ya que estos son los verdaderos

perjudicados, puesto que aquellos acreedores que poseen garantías tienen la facultad de perseguir el bien para su ejecución.

La tercera interpretación será denominada como *"la constitución de garantías*". Consiste en que el juez impone la obligación al deudor de constituir garantías a favor de todos aquellos acreedores que no posean garantía. Así pues, el acreedor queda protegido porque puede perseguir el bien. Sin embargo, en el caso en que el deudor haga la partición sobre todo su patrimonio, los acreedores con garantías, no podrán ejercer el derecho de mejorar la garantía, puesto que no existe en el patrimonio del deudor bien para constituir una nueva garantía.

Ahora, teniendo en cuenta que hay varias posibilidades en que se puede dar la partición en vida, es decir con reserva de usufructo, sin reserva y con la administración, es necesario decir que la más beneficiosa para los acreedores es aquella con reserva de usufructo. Lo anterior, teniendo en cuenta que, el usufructo es viable a la hora de ejecutar un remate judicial y realizar postura en subasta pública, y con ello conseguir el dinero para el pago de las obligaciones. Respecto a la modalidad sin reserva de usufructo, como se dijo anteriormente, la nuda propiedad resulta poco viable al momento de realizar postura en subasta pública, y en lo concerniente a la administración, se entiende que no se configura un derecho real, sino a la posibilidad de organizar la explotación económica del bien, más parecido como a la administración de un encargo fiduciario, por tanto no es posible embargar, ni mucho menos realizar subasta pública.

Así las cosas, se concluye entonces que la partición en vida es en esencia un instrumento a plenas luces efectivo en su búsqueda de la justicia y la eliminación de actos simulados y fraudulentos para llevar a cabo la transmisión del dominio de los bienes en vida a los herederos, pero requiere de una participación activa del juez al momento de conceder la licencia judicial, para que se protejan tanto terceros acreedores del partidor, como cualquier otro tipo de interesado en el proceso, razón por la cual por medio de este texto se buscó dar una luz para la correcta aplicación de la figura y la prevalencia de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alvarez Gómez, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso.* Vol. I. II vols. Bogotá D.C.: TEMIS, 2013.
2. Arteaga Carvajal, Jaime . *De los Bienes y su Dominio.* Bogotá: Facultad de Derecho, 1999.
3. Bonivento Fernandez, José Alejandro. *Los Principales Contratos Civiles y Comerciales.* Bogotá: Libreria Ediciones del Profesional Ltda., 2005.
4. Cruz Suarez, Jose Antonio. «Ambito Jurídico.» *Ambito Jurídico.* LEGIS. 27 de Mayo de 2015. http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Especiales/la-particion-del-patrimonio-en-vida.asp (último acceso: 2 de Octubre de 2015).

5. Forero Silva, Jorge. «Ambito Jurídico.» *Ambito Jurídico.* 27 de Mayo de 2015. http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Especiales/la-particion-del-patrimonio-en-vida.asp (último acceso: 2 de Octubre de 2015).
6. Gewirth, Alan. *Are there any absolute rights?* Chicago, 1982.
7. Gómez Estrada, César. *De los Principales Contratos Civiles.* Bogotá: Temis S.A., 2008.
8. González Martínez, José Antonio. «La Enfiteusis: Aspectos básicos de esta institución.» *Revista de la facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche*, 2009: 251-267.
9. Lacambra, Legaz. *Filosofia del Derecho .* Barcelona: Bosch, 1951.
10. Moralejo Imbernón, Nieves. *Tratado de Contratos .* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
11. Musto, Néstor Jorge. *Derechos Reales.* Buenos Aires: Astrea, 2000.
12. Rico Puerta, Luis Alonso. *El Derecho de Propiedad de los Partículares .* Medellin : Sello Editorial. Universidad de Medellin , 2012.
13. Suárez Blazquez, Guillermo. «Concesiones administrativas demaniales agraraias de fomento: enfiteusis.» *Revista de derecho privado No. 45*, 2011: 3-55.

14. Superintendencia de Notariado y Registro. 05 de Agosto de 2013. www.supernotariado.gov.co/ (último acceso: 18 de Octubre de 2015).
15. Ternera Barrios, Franciso. *Bienes .* Bogotá: Universidad del Rosario, 2011.
16. Valencia Zea, Arturo, y Ortiz Monsalve, Alvaro. *Derecho Civil - Derechos Reales.* Vol. 10. Bogotá D.C: TEMIS, 2001.
17. Velasquez Jaramillo, Luis Guillermo. *Bienes.* Duodecima. Bogotá D.C: TEMIS, 2010.
18. Vescovi, Enrique, *Teoria General del Proceso*, TEMIS, Bogotá D.C, 1984
19. Vigo Morancho, Agustín. *DERECHOS DE USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN EN EL LIBRO V DEL CCC (Ley 10-mayo-2006).* 2007.
20. Wolff, Martin. *Tratado de Derecho Civil Aleman .* Vol. I. Barcelona: Bosch, 1971.
21. Zamora Valencia, Miguel Angel. *Contratos Civiles.* Ciudad de Mexico.: Porrua. , 2009.

ANEXOS

Anexo 1.

SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE	**DONACIONES ENTRE VIVOS**	**PARTICIÓN DEL PATRIMONIO EN**

		VIDA
Naturaleza: Acto de disposición de los bienes a título gratuito después de la muerte.	Naturaleza: Contrato unilateral de disposición de los bienes a título gratuito en vida.	Naturaleza: Acto de disposición de los bienes a título gratuito en vida.
-Título: Testamento o Ley. -Modo de adquirir el dominio: sucesión por causa de muerte	-Título: Donación. -Modo de adquirir el dominio: tradición.	-Título: Partición del patrimonio en vida. -Modo de adquirir el dominio: tradición.
Revocable.	Irrevocable hasta antes de la aceptación de los donatarios.	Revocable hasta tanto no se haya hecho la tradición de los bienes a los asignatarios.
Requiere existencia de los herederos con las excepciones comprendidas en los incisos 3º y 4º del artículo 1019 del Código Civil.	Requiere existencia de los donatarios con las excepciones comprendidas en los incisos 3º y 4º del artículo 1019 del Código Civil.	Requiere existencia de los asignatarios con las excepciones comprendidas en los incisos 3º y 4º del artículo 1019 del Código Civil.
Acciones: de nulidad, rescisión, reforma del	Acciones: restitución de lo excesivamente donado.	Acción: solicitud de rescisión.

testamento, petición de herencia.		
Normas aplicables: las de las sucesiones por causa de muerte previstas en el Libro Tercero del Código Civil.	Normas aplicables: las de las donaciones entre vivos previstas en el Título XIII del Libro Tercero del Código Civil y, en lo no previsto en dichas disposiciones, por las reglas generales que rigen la sucesión por causa de muerte.	Normas aplicables: por el parágrafo del artículo 487 del Código General del Proceso y, en lo no previsto en dicha disposición, por las reglas generales que rigen la sucesión por causa de muerte.

Anexo 2.

	ARGENTINA	**COLOMBIA**
Transmisión	Se debe transmitir el dominio total de los bienes.	Puede adjudicar sus bienes con o sin reserva de usufructo o administración.

Consentimiento	La partición debe ser aceptada por los herederos.	La partición debe ser aceptada por los herederos, y el cónyuge o compañero/a permanente debe consentir dicho acto.
Condiciones	Es posible establecer condiciones, siempre que estas no estén sometidas a la potestad del partidor.	Se admiten asignaciones condicionadas.
Bienes	Los bienes que entren a la partición deben existir al momento en que se efectúa el acto.	Es posible establecer disposiciones sobre bienes futuros, siempre que estos existan.
Revocabilidad	Es irrevocable por regla general, salvo cuando: 1. inejecución de las cargas y condiciones impuestas, 2. por causa de ingratitud.	Es revocable hasta tanto no se haya hecho la tradición de los bienes a los asignatarios.
Sociedad conyugal	Para llevar a cabo la partición por donación no puede existir sociedad conyugal al momento de suscribirla.	Puede estar vigente la sociedad conyugal al momento de celebrar la partición en vida, sin embargo requiere el consentimiento del cónyuge o compañero/a

		permanente.
Ausencia de un heredero	Es ineficaz la partición en la cual falte un hijo natural o legitimo existente al momento de la muerte del partidor.	Quien tenga interés legítimo y se vea afectado por la partición puede solicitar la recisión de la misma.
Hijo posterior a la partición o hijo póstumo.	El hijo nacido con posterioridad a la partición o el hijo póstumo anula la partición.	El hijo que nace con posterioridad a la partición no anula el acto, pero tiene la posibilidad de solicitar la recisión del mismo.
Formalidades	La partición debe ser hecha ante escribano público.	Previa licencia judicial y escritura pública.
Acción de recisión	Solo puede solicitarse después de la muerte del partidor.	Se puede solicitar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se conoció o debió haberse conocido.

AGRADECIMIENTOS

Un profundo agradecimiento al Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario por la formación impartida dentro y fuera de las aulas, el conocimiento recibido y los

valores adquiridos. Estos, elementos esenciales para emprender con holgura una profesión tan hermosa como compleja. Pasaran los años y quedaran los numerosos aprendizajes, gracias a que la huella marcada vivirá por siempre en nuestro ejercicio profesional y desarrollo social. A este apreciado claustro, de nuevo *¡gracias!,* y hasta pronto, puesto que esperamos que la vida permita encontrarnos de nuevo.

A la Facultad de Jurisprudencia, cuya gestión ha sido ideal para forjar el camino de grandes hombres y líderes de nuestro país; camino que aspiramos recorrer desde el primer día que pisamos esta facultad.

Al Dr. Francisco Ternera, por su acompañamiento, asesoría, orientación y tiempo, sin los cuales hubiese sido imposible desarrollar el presente estudio.

Finalmente, nuestro más grande y extenso agradecimiento a nuestros padres, madres y hermanos, por ese apoyo incondicional que representan, los esfuerzos en que incurrieron para proporcionarnos la educación que hoy nos convierte en lo que somos, y los valores impartidos desde la cuna, aunados a un cariño fervoroso, sin el cual ni el mayor de los logros cobraría sentido.