

OFICIO 220-021816 DEL 17 DE FEBRERO DE 2017

Ref: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA FIDUCIA CIVIL

Aviso recibo de su escrito radicado con el No. 2017-01-006398 mediante el cual expone una serie de hechos relativos al régimen legal de la propiedad fiduciaria y formula los siguientes interrogantes:

- “1. Solicito respetuosamente se me informe sobre los efectos de la propiedad fiduciaria (Fiducia Civil) en los bienes objeto de los mismos (sic) como mecanismo de protección del patrimonio de las personas.
2. Solicito respetuosamente se me aclare si por el hecho de contar con una propiedad fiduciaria (Fiducia Civil) previamente registrada y elevada a escritura pública, los inmuebles son inembargables por el hecho de contener dicho gravamen inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria.
3. Solicito respetuosamente se me informe si conforme la legislación vigente las medidas cautelares ordenadas por cualquier autoridad nacional del orden jurisdiccional es un acto susceptible de registro cuando sobre el bien se encuentre inscrita la figura de la propiedad fiduciaria.
4. Solicito respetuosamente se me informe sobre jurisprudencia proferida por esta entidad al respecto”

Aunque es sabido, no está de más señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, esta Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, sin que sus respuestas en esta instancia sean vinculantes ni comprometan la responsabilidad de la entidad.

En ese contexto se tiene que ya esta Entidad tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la fiducia civil a la luz de la legislación vigente, incluidas las modificaciones que introdujo la Ley 1564 de 2012, mediante la que se expidió el Código General del Proceso, por lo cual para los fines de sus inquietudes basta remitirse a los apartes del oficio 220-126109 del 20 de junio de 2016 que expresa su criterio.

Lo anterior, sin dejar de precisar que dentro de las facultades deferidas por el legislador a esta Entidad, está el ejercicio de funciones jurisdiccionales, en materia concursal (reorganización, liquidación judicial e intervención), como en materia mercantil, y es con base en dichas atribuciones que el Juez conoce del decreto de

medidas cautelares dentro de los procesos bajo su dirección, cuando resulte jurídicamente procedente.

El mencionado concepto manifiesta:

“(…)

En primer lugar debe precisarse que la institución civil denominada propiedad fiduciaria se encuentra regulada a partir de los artículos 793 y ss, del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 1306 de 2009, por remisión del artículo 816, estatuto privado en mención.

En efecto, **la propiedad fiduciaria**, es una modalidad especial de dominio con la que se limita por entero el carácter perpetuo de la propiedad en su titular fiduciario, al respecto el artículo 794 del Código Civil, prescribe: “Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición.

“La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. *La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución.*”(Subraya fuera texto).

Conforme a dicha definición y de acuerdo con la regulación de las limitaciones al dominio y primeramente de la propiedad fiduciaria en el Código Civil, se destacan varios elementos de la esencia y de su naturaleza que la diferencian de la figura también denominada Fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 del estatuto mercantil, así: **(a)**. El fideicomitente o constituyente dispone por acto entre vivos, mediante instrumento público o por acto testamentario, sobre la totalidad de la herencia o sobre una cuota determinada de ellos, bienes muebles o inmuebles, constituyéndoles la limitación o el gravamen, para cuya oponibilidad deberá inscribirse en el competente registro según el caso; **(b)** Una vez perfeccionado acto de disposición se procede a la transferencia del derecho de dominio de los bienes del constituyente a favor del propietario fiduciario con el gravamen de transferirlos al Fideicomisario; **(c)** El carácter temporal mas no perpetuo de los atributos de la propiedad, en el propietario fiduciario hasta cuando ocurra o se verifique la condición que lo obligue a la transferencia de los bienes al fideicomisario; **(d)** La Restitución de los bienes afectados con esta limitación de dominio, que el fiduciario debe efectuar al Fideicomisario por la ocurrencia de la condición, que para el primero es resolutoria, mientras que para el segundo es suspensiva.

Dado de ese escenario jurídico sui géneris, se advierte como el propietario fiduciario ejerce la administración de los bienes que le fueron transferidos de manera temporal, lo que le permite según los atributos de la propiedad, usar, gozar y disponer de ellos, o transmitirse por causa de muerte, con las limitaciones propias de la figura civilista anotada, sin perder de vista que la limitación fiduciaria perdurará hasta la ocurrencia de la condición que da paso a la traslación o restitución de los bienes al fideicomisario.

En esa orbita de atribuciones, el ordenamiento civil le permite al propietario fiduciario, constituir hipotecas, y otros gravámenes sobre los bienes del fideicomiso, advirtiéndole que sobre estos su manejo se asimila a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría y las facultades del fiduciario, a las del tutor o curador; en todo caso para la constitución de los gravámenes indicados se requerirá previa autorización judicial y con conocimiento de causa de los fideicomisarios, pues de lo contrario, este último, no estará obligado a reconocerlos, todo lo anterior amén de lo dispuesto en los artículos 810 a 822 del Código Civil y Ley 1306 de 2009, tal y como se indicó anteriormente.

En el mismo sentido, el régimen civil también, establece unos derechos para el propietario temporal fiduciario, y es que si se le concede además la libre administración de la propiedad, el fideicomisario tendrá sólo el derecho de reclamar lo que exista al tiempo de la restitución, en la medida en que éste no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso sino una simple expectativa de adquirirlo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 819 y 820 del Código Civil.

Por consiguiente, las consideraciones expuestas permiten colegir que sobre la propiedad fiduciaria, es viable la práctica de medidas de embargo y secuestro en procesos ejecutivos por el incumplimiento de las obligaciones principales garantizadas con los gravámenes hipotecarios o mobiliarios sobre el fideicomiso; de suerte que el hecho de haberse pactado la traslación del dominio al fideicomisario, a juicio de este Despacho no limita, ni prohíbe la procedencia de dichas cautelas, máxime que el Artículo 594 del Código General del Proceso, norma vigente que taxativamente relaciona los bienes inembargables, no incluye ninguna restricción por razón de la fiducia.

En cuanto a las inquietudes restantes, baste decir que el ordenamiento concursal no impide que las personas naturales comerciantes, como las jurídicas, abstracción hecha de que entre sus activos haya alguna propiedad fiduciaria en las condiciones señaladas, y que persista esa circunstancia, puedan acceder al trámite de insolvencia en los términos de la Ley 1116 de 2006, de tal forma que por virtud del principio de universalidad de dicho régimen, la totalidad de sus bienes, como todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia,

y por lo tanto sujetos a las medidas tendientes a proteger, custodiar y recuperar los bienes que integran el activo patrimonial del deudor, esto es embargo y secuestro, en la medida en que no se trata de bienes que ostenten la categoría inembargables a la luz de lo dispuesto en los artículo 594 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 4°, 5°, 20, 22, 48, 54 y 70 de la Ley 1116 de 2006.” (s.f.t.)

Ahora, atendiendo las razones que su escrito esgrime, resulta oportuno observar que efectivamente como el concepto aludido indica, el Código General del Proceso, eliminó la disposición que antes consagraba el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual “...no podrán embargarse.... 13°.) Los objetos que posean fiduciariamente” (s.f.t.); en su lugar, el Artículo 594 del nuevo código, establece que además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar los bienes que al efecto relaciona, sin incluir en la relación actual ninguna restricción atinente a la fiducia.

Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1677 del Código Civil, particularmente el numeral 8°, se mantiene inembargable “La propiedad de los objetos que el **deudor** posee fiduciariamente”, en el entendido de que se trata de aquéllos bienes que un tercero distinto del constituyente posea fiduciariamente.

Es de ahí que con la expedición del Código del Proceso, la vieja discusión conceptual en torno a aquellos bienes que la legislación civil considera inembargables por razón del fideicomiso civil, finalmente se sana con el artículo 594, pues éste no contempla las cosas que se posean fiduciariamente..

En ese sentido se ha pronunciado en extenso la Superintendencia de Notariado y Registro, a través de la Dirección de Registro, autoridad a la que es procedente dirigirse para ventilar las inquietudes sobre el embargo de los inmuebles.

En los anteriores términos, su solicitud ha sido atendida con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes advertir que en la página web de la entidad www.supersociedades.gov.co puede acceder entre otros a la información relacionada con los procesos concursales, como la jurisprudencia emanada de la Delegatura de procedimientos Mercantiles, y adicionalmente en la Biblioteca, puede consultar el libro de jurisprudencia concursal proferida en el año 2015.