

## **OFICIO 220-149997 DEL 25 DE JULIO DE 2017**

### **ASUNTO: EMBARGO DE BIENES OBJETO DE UN CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL Y COBRO DE LAS OBLIGACIONES RESPECTIVAS**

Me refiero a su escrito vía correo electrónico, radicado con el número 2017-01-330607, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas, solicita información sobre el asunto de la referencia, puntualmente jurisprudencia y/o doctrina que ilustre acerca del procedimiento para realizar el embargo de bienes objeto de un contrato de fiducia mercantil, constituido por una sociedad anónima, así como para realizar el cobro de las obligaciones derivadas de dicho contrato.

En primer término se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a prestar asesoría para las acciones o las gestiones que los particulares pretendan desplegar, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca proporcionar una opinión sobre los temas a su cargo, lo que explica que sus respuestas en esta instancia no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad

Bajo ese presupuesto, con fines ilustrativos es oportuno remitirse al concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre el embargo de los bienes objeto de un contrato de fiducia mercantil, emitido por la mediante Oficio No 2008085725 del 20 de enero de 2009, cuyos apartes procede traer a colación:

*“Sobre el particular este Despacho considera preciso recordar que de conformidad con lo establecido en el artículo 1226 del Código de Comercio, “la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, trasfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario (...)”*

Por su parte, el artículo 1233 del código citado, establece que los bienes fideicomitidos *“(...) forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”*. En este sentido, al celebrarse el contrato de fiducia mercantil, la propiedad de los bienes objeto del contrato debe ser transferida a la fiduciaria, quien constituye con ellos un patrimonio autónomo independiente del suyo propio y del patrimonio del fideicomitente, el cual es administrado por la fiduciaria y se destina exclusivamente al cumplimiento de la finalidad señalada por el constituyente.

En concordancia con lo anterior, los artículos 1227 y 1238 del Código de Comercio disponen, en su orden, que “Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida” y que “Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes. El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados.”

Ahora bien, en relación con el alcance del artículo 1238 citado, en el numeral 4 del Título V, Capítulo I de la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia, modificada por la Circular Externa 046 de 2008, se hicieron algunas precisiones relacionadas con aspectos tanto sustanciales como procesales. Entre otros temas señala lo siguiente:

*“(…) el inciso 1o. del artículo 1238 consagra una “causa legal” para deshacer sus efectos, tanto más aún si se tiene en cuenta la disposición contenida en el numeral 8o. del artículo 1240 ibídem que prevé como una de las causales de extinción del negocio fiduciario la ‘acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario’.*

*“Con todo, para abundar las razones que contribuyan a reforzar aún más la anterior conclusión, debe tenerse en cuenta que el deudor deberá pagar a sus acreedores oportunamente sus obligaciones y, para tal efecto, compromete su patrimonio, al establecer el artículo 2488 del Código Civil que todos los bienes del deudor, muebles e inmuebles, presentes o futuros, a excepción de los inembargables, queden afectos al cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquél. (…)”*

*“(…) El numeral 8o. del artículo 1240 ya citado, ilustra el contenido y alcance del inciso 1o. del artículo 1238 ibídem, toda vez que es evidente que tanto en una como en otra hipótesis normativa estamos en presencia de acciones de carácter personal que sólo corresponde a aquellos acreedores anteriores a la celebración del negocio fiduciario traslativo y que, de suyo, presuponen un proceso de reintegración del patrimonio del deudor-fideicomitente frente a tales acreedores.*

*“En idéntico sentido, se trata de acciones que miran al perjuicio de los acreedores del deudor-fideicomitente derivado de la celebración de un contrato de fiducia mercantil, sin que para su ejercicio sea menester entrar a considerar circunstancias tales como el deseo de causar daño o la intención de maniobrar para perjudicar a los acreedores o, en fin, la mala fe que son requisitos indispensables para que se dé el fraude pauliano.*

*“Lo dicho, sin embargo, no equivale a significar que en el caso que se analiza nos encontramos en presencia de una acción que puedan ejercitarla los acreedores del deudor-fideicomitente de un modo irrestricto e ilimitado, toda vez que ella - como se expresó- se halla circunscrita a ciertas circunstancias que se cifran en el perjuicio a los acreedores derivado del hecho de disminuir o suprimir bienes del patrimonio que ocasionan o agravan su estado de insolvencia.*

*“Finalmente, para el ejercicio válido de ese ´derecho de persecución de los bienes fideicomitados´ de que trata el inciso 1o. del artículo 1238, los acreedores en cuestión deben acudir a la vía judicial para que se decrete la extinción o terminación del negocio fiduciario, toda vez que, precisamente, ese ´derecho de persecución´ -que tiene como materia propia un acto jurídico verdadero y completo, cual es un contrato de fiducia mercantil- tiene por finalidad permitirle a tales acreedores la satisfacción de sus créditos, la cual sólo se logra mediante la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente.(...)”*

*“(...) Dicha pretensión, en tanto se endereza a procurar la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente debe seguir los trámites propios de un proceso ordinario, independientemente del título que documenta la respectiva obligación y de que éste preste o no mérito ejecutivo. (...) los acreedores del fideicomitente anteriores a la celebración del contrato de fiducia mercantil tienen el carácter de terceros en relación con el patrimonio autónomo, máxime si se atiende al hecho de que frente a tales acreedores el patrimonio autónomo no ostenta la calidad de deudor.*

*“(...) le corresponde a los acreedores -siguiendo los lineamientos generales de la carga de la prueba- demostrar los elementos de los cuales deriva su legitimación en la causa para actuar, vale decir, la preexistencia de una obligación teniendo en cuenta al efecto los términos en que fue pactada y el título que la documenta.” y “(...) acreditar que el contrato de fiducia mercantil celebrado por el deudor, propició o aumentó su estado de insolvencia, y, por ende, le produjo un perjuicio consistente en la imposibilidad de hacer efectivos sus derechos.”*

*“(...) el deudor fideicomitente -a nuestro juicio- puede defenderse con éxito alegando y probando que posee bienes suficientes para satisfacer la obligación que contrajo con el acreedor demandante, esto es, proponiendo la excepción que la doctrina francesa denomina de “discusión de bienes”, medio exceptivo que también puede -o debe proponer- la sociedad fiduciaria en cumplimiento del deber que le impone el numeral 4o. del artículo 1234 del Código de Comercio de “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”.*

“(…) Finalmente, desde el punto de vista pasivo, la acción de persecución de los bienes fideicomitidos por parte de los acreedores anteriores a la celebración del contrato de fiducia mercantil debe dirigirse contra el deudor fideicomitente y contra la sociedad fiduciaria como titular del patrimonio autónomo y, en su caso, también contra el beneficiario.”

En este sentido, de conformidad con las normas citadas, independientemente de la finalidad del negocio fiduciario mercantil de que se trate, aquellos acreedores cuyas acreencias sean anteriores a la constitución del patrimonio autónomo podrían perseguir los bienes fideicomitidos impugnando el negocio fiduciario si hubiese sido celebrado en fraude de terceros. En últimas, las posibilidades de embargo son: 1) Sobre los derechos fiduciarios que el fideicomitente posea en ese patrimonio autónomo y 2) Sobre los bienes fideicomitidos, previo el adelanto de las acciones paulianas y revocatorias consagradas en el artículo 2491 del Código Civil y en las normas relativas a procesos concursales<sup>1</sup>, en los términos arriba indicados.

Ahora bien, *“(…) mediante el contrato de fiducia de garantía se transfieren uno o más bienes, muebles o inmuebles, para que en el eventual incumplimiento de una obligación a cargo del constituyente o de un tercero, la fiduciaria proceda a vender y a entregar el producto de la misma a los respectivos acreedores designados, hasta concurrencia de sus créditos, quienes a la sazón serían los beneficiarios de la constitución del fideicomiso.”*<sup>2</sup>

En este orden de ideas, en un contrato cuyo objeto es exclusivamente de garantía y en el que, independientemente de sus valorizaciones, los bienes fideicomitidos son improductivos, es claro que no se producirían rendimientos. No obstante, hay contratos en los se transfieren bienes productivos al patrimonio autónomo por lo que además de la garantía, la fiduciaria debe administrar tales recursos que en principio producirían rendimientos. En este caso, de conformidad con lo establecido por el artículo 1238 del Código de Comercio *“Los acreedores del beneficiario (...) podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes”*, sin necesidad de acudir a las acciones mencionadas para impugnar el contrato de fiducia...”. (El llamado por fuera del texto original).

De lo anteriormente expuesto se concluye: a) que el Título XI del Código de Comercio, no consagra expresamente la posibilidad de que los bienes fideicomitidos puedan ser objeto de embargo, como no podría hacerlo, toda vez que los bienes del fideicomitente son transferidos a la fiduciaria para que ésta los enajene y con el producto de la venta pague las obligaciones garantizadas; b) que a pesar de lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia, contempla dos

---

1 Ley 222 de 1995, Ley 550 de 1999 y Ley 1116 de 2006.

2 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia del 15 de julio de 2008. Referencia 00579-01.

supuestos en que se puede adoptar dicha medida: i) Sobre los derechos fiduciarios que el fideicomitente posea en el patrimonio autónomo, esto es, cuando se constituye una fiducia para que administre uno o varios bienes del fideicomitente y los rendimientos que reporten dichos bienes sean entregados a éste; y ii) sobre los bienes fideicomitados, dentro de las acciones paulianas o revocatorias tendientes a dejar sin efecto el contrato de fiducia mercantil celebrado entre las partes.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades, mediante Oficio 220- 111308 del pasado 31 de mayo, hubo de remitirse a los pronunciamientos más recientes que ha emitido en torno al tema de la inembargabilidad de la Propiedad Fiduciaria o Fideicomiso Civil, y previo examen de las consideraciones de orden normativo y jurisprudencial que se imponen, expuso las conclusiones a que fue preciso arribar en el sentido de reiterar que los bienes objeto de un contrato de propiedad fiduciaria o de un fideicomiso civil, a la luz de las disposiciones legales vigentes pueden ser objeto de embargo.

“(..).”

Ahora bien, atendiendo los planteamientos en que su solicitud se funda, es necesario poner de relieve que la inembargabilidad no es un atributo propio de la propiedad fiduciaria, pues los artículos 794 y siguientes del Código Civil no hacen referencia alguna sobre el particular, y aquella fue estatuida en el artículo 1677 de la misma codificación, mediante una norma de indiscutible carácter procedimental, amén como la jurisprudencia constitucional explica *“la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida, como puede ser por ejemplo un código de procedimiento, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos substanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, debe considerarse sustantiva”* <sup>1</sup>

Por su parte, sobre la modificación del artículo 1677 del Código Civil es del caso advertir que la misma Corporación Guardiania de la Constitución en la Sentencia C-318 del 3 de mayo de 2007, con ponencia del Magistrado Dr. Humberto Sierra Porto, indicó que la norma citada *“contiene un listado de bienes, a los cuales la legislación civil les adjudica la cualidad de inembargabilidad”*; que el artículo 684

del Código de Procedimiento Civil “establece también la cualidad de inembargabilidad de algunos bienes”; que los numerales 3 y 4 del artículo 1677 del Código Civil y 11 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil “regulan la misma situación de manera parcialmente distinta, por lo que se presenta una antinomia jurídica, cuya definición en el ámbito de la teoría jurídica puede describirse como aquella situación en la que en un sistema jurídico dos normas establecen consecuencias jurídicas distintas para el mismo

---

1 Corte Constitucional. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

supuesto de hecho”, y por lo tanto “el numeral 11 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil ha derogado parcialmente las disposiciones demandas mediante acción pública de inconstitucionalidad, cuales son, los numerales 3 y 4 del artículo 1677 del Código Civil”.

Aclarado el carácter procedimental del artículo 1677 del Código Civil y la modificación de los numerales 3 y 4 del mismo, procede analizar si la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria consagrada en el numeral 8 ibídem, ha sido también objeto de modificación.

Al efecto, es de resaltar que la redacción del numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil es la originaria del Código Civil, y que ninguno de los llamados códigos judiciales hizo mención a la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria, pues aún la Ley 105 del 17 de octubre de 1931 no la enlistó en el artículo 1004, aunque en el numeral 16, hizo referencia a “Los demás bienes no embargables conforme al Código Civil o a otras leyes”.

Esta situación se modificó con la expedición del Código de Procedimiento Civil adoptado mediante el Decreto 1400 de 1970, dado que el artículo 684 prescribió que “además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse (...) 13.- Los objetos que se posean fiduciariamente”, numeral que se mantuvo incólume en el numeral 342 del artículo 1 del Decreto 2282 del 7 de octubre de 1989.

Luego, el artículo 594 de la Ley 1564 del 12 de julio de 2012, Código General del Proceso, estableció que “además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales” no se pueden embargar varios bienes, entre los que no aparece la propiedad fiduciaria.

De conformidad con lo expuesto, resulta evidente que el listado de bienes inembargables consagrado en el artículo 1677 del Código Civil, fue adicionado por el artículo 1004 del Código Judicial, pero el mismo fue derogado por subrogación 2

por el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, y éste a su vez derogado expresamente por el artículo 626 del Código General del Proceso, por lo cual es dable colegir que la norma vigente hoy en materia de inembargabilidad de bienes es el artículo 594 del Código General del Proceso, el cual amplió el espectro de la inembargabilidad pero no otorgó este atributo a la propiedad fiduciaria.

De otra parte, aunque el inciso primero del artículo 684 del Código de Procedimiento civil tiene carácter enunciativo, pues indicó que “además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse (...)”, lo cierto es que tal estipulación no puede entenderse referida al numeral 8 del artículo 1677 del Código

---

2 Corte Constitucional. Sentencia C-019 del 21 de enero de 2015. Magistrada Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Civil, pues este último no es “especial” y la propiedad fiduciaria se encuentra integrada en el numeral 13 de aquel artículo.

En otras palabras, considerando que la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria o fideicomiso civil se encontraba estatuida en el numeral 13 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, no era posible hacer uso del inciso primero de la misma norma para acudir al artículo 1677 del Código civil, pues éste no regulaba específicamente asuntos referentes a la propiedad fiduciaria, sino al pago por cesión de bienes.

Igual acontece con la previsión consagrada en el inciso primero del artículo 594 del Código General del Proceso, según el cual “además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en las leyes, no se podrán embargar (...)”, dado que, a la expedición de esta norma, el artículo 1677 del Código Civil como fue visto, estaba ya derogado en virtud del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, y la derogatoria expresa de este último no puede revivir la previsión inicial de inembargabilidad del Código Civil.

Ahora bien, aún en caso de no aceptarse la derogatoria del artículo 1677 del Código Civil, lo indiscutible es que la inembargabilidad de los bienes en ningún caso es absoluta y no puede utilizarse para desconocer la ley, defraudar a terceros o afectar la prenda general de los acreedores, admitiéndose de manera excepcional aún respecto de “los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recurso de la seguridad social”<sup>3</sup>, como lo ha precisado la H. Corte Constitucional<sup>4</sup>.

En este sentido, la sentencia de tutela No. T25.430 del 9 de mayo de 2006, con ponencia del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La Corte resuelve la impugnación presentada por MARÍA DEL CARMEN RINCÓN HINCAPIÉ contra el fallo del 28 de febrero de 2006, por medio del cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó la tutela interpuesta contra el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín y la Sala Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad.

“(…)

“A juicio de la accionante se incurrió en vía de hecho pues los jueces, desconociendo que el inmueble objeto del fideicomiso era inembargable, decretaron medida cautelar dentro de un proceso laboral.

---

3 Su inembargabilidad está contemplada en el numeral 1 del artículo 594 del Código General del Proceso

4 Corte Constitucional. Sentencia C-1154 del 26 de noviembre de 2008. Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

“El Tribunal demandado en su providencia aceptó que aunque en principio el bien objeto de fideicomiso podría reputarse inembargable, en realidad no lo es porque según los términos de la escritura pública, no están involucradas tres personas, como es lo habitual, sino dos: un constituyente o un fideicomitente, que se confunde con el fiduciario (propietario) y el fideicomisario. Para tal fin, hizo un recuento de las normas que regulan la posesión, el dominio o propiedad y la propiedad fiduciaria, para concluir:

“Así las cosas, puede inferirse que cuando la ley habla de objetos que se posean fiduciariamente o de propiedad fiduciaria, está haciendo alusión al fiduciario, aquella persona que es formalmente propietario, porque esa titularidad sobre el bien la tiene en forma transitoria, con cargo a pasarla o restituirla al tercero beneficiario o fideicomisario. En esa medida, el legislador quiso proteger esa condición, ese estado latente de la propiedad, prohibiendo su embargo, pues en realidad se posee el bien con la limitante de tenerlo que pasar a otra cumplida una condición y aunque puede disponer de él, queda de todos modos con la obligación de restituirlo.

“En cambio, en el asunto de esta Litis, el constituyente o fideicomitente, nunca le hizo traslación del dominio sobre el bien a un fiduciario, con cargo a restituir el bien a un tercero beneficiario o fideicomisario, porque como reza la escritura pública, él mismo se reservó para sí la calidad de fiduciario, lo que significa que en



verdad siguió siendo el propietario absoluto y así se desprende de la cláusula novena de la escritura de constitución del gravamen. (...) dicho de otra manera, por la Sala, dado que en el comandado Valencia Rincón, concurren las dos calidades, la de propietario pleno y la de fiduciario civil, no es esta la hipótesis que contemplan los artículos 684, numeral 13 del C.P.C. y 1677, numeral 8 del C.C., que se refieren, en su orden, a quien posea el objeto fiduciariamente y a la propiedad de objetos que el deudor posee fiduciariamente.

“Finalmente, si en gracia de la discusión, se llegara a pensar que de todas maneras al ejecutado ostentar la calidad de fiduciario, gozaría de la inembargabilidad del bien y no sería garantía general de todos los acreedores, por estarlo poseyendo, además de propietario, como fiduciario, debe precisarse que ante esa disyuntiva, debe estarse por la embargabilidad, pues no puede dejarse de lado que el mismo obedece a una acreencia laboral, que tiene su privilegio sobre otros créditos, estando por delante solamente las cosas judiciales, las expensas funerales necesarios del deudor difunto y los gastos de su última enfermedad (...) y con mayor en ese caso, en el cual la fideicomisaria no cuenta con un derecho consolidado, sino con una mera expectativa de adquirir el inmueble cuando su titular fallezca.

“De acuerdo con lo anterior, la Corte no advierte arbitrariedad en las decisiones objeto de cuestionamiento ni que las mismas obedezcan a la voluntad subjetiva de los falladores o desconozcan las normas legales. La interpretación que se ha dado a la figura del fideicomiso y de la posible embargabilidad del bien objeto del mismo es razonable”.

En consecuencia, de acuerdo con los argumentos de la Corte Constitucional, los bienes objeto de un contrato de propiedad fiduciaria o de un fideicomiso civil, pueden ser objeto de embargo, por las razones anteriormente expuestas.

Finalmente, en cuanto al procedimiento a seguir para realizar el embargo o el cobro de las obligaciones derivadas del contrato de fiducia mercantil, habrá de estarse a las reglas previstas en la ley, específicamente en el Código General del Proceso.

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 P. Web de la Entidad puede consultar la normatividad, los conceptos jurídicos y contables, la compilación de jurisprudencia concursal y societaria, entre otros.

---

i Oficio No. 220-126109 del 20 de junio de 2016- Oficio No. 220-021816 del 17 de febrero de 2017.