

CGR-OJ- 175 2017
80112 -

Contraloría General de la República :: SGD 31-08-2017 09:46
Al Contestar Cite Este No.: 2017EE0104608 Fol:1 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112 OFICINA JURIDICA / IVAN DARIO GUAJQUE TORRES
DESTINO DIEGO EDUARDO SANDOVAL TOVAR
ASUNTO CONSULTA RTA. 2017ER0064324
OBS

2017EE0104608



Bogotá D.C.,

Señor
DIEGO HERNANDO SANDOVAL TOVAR
Avellaneda & Asociados
Gerencia Jurídica Estratégica
Carrera 15 No. 124-91 Edificio Súper Centro Oficina 605
Bogotá, D.C.

Asunto: INEMBARGABILIDAD DE BIENES. LEVANTAMIENTO DE LA
AFECTACIÓN A VIVIDENDA FAMILIAR. INEMBARGABILIDAD DE
PENSIÓN DE JUBILACIÓN.

Respetado señor Sandoval:

De manera atenta me refiero a su consulta No. 2017ER0064324 mediante la cual formula algunos interrogantes relacionados con medidas cautelares e inembargabilidad de bienes.

Sobre el particular, se procede a resolver las inquietudes planteadas, previo el siguiente análisis:

1. ANTECEDENTES.

Solicita el consultante se respondan los siguientes interrogantes:

1.1. ¿En qué casos la Contraloría General de la República puede establecer medidas cautelares de embargo sobre un bien afectado con patrimonio de familia o afectación de vivienda familiar?

1.2. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior: ¿Cuál es el fundamento jurídico para afectar la inembargabilidad de dichos bienes?

1.3. ¿En qué casos la Contraloría General de la República puede levantar las medidas de patrimonio de familia a vivienda familiar de bienes en procesos de responsabilidad fiscal o jurisdicción coactiva?



1.4. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior ¿Quién es competente para levantar esas afectaciones? ¿Cuál sería el trámite, mecanismo o procedimiento para el levantamiento de dichas medidas?

1.5. La Contraloría General de la República puede establecer medidas cautelares de embargo sobre la pensión de una persona inmersa en un proceso de responsabilidad fiscal o de jurisdicción coactiva?

1.6. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior: ¿En qué casos aplicaría dicho embargo?, ¿Hasta qué monto procedería la medida cautelar? ¿Cuál sería el trámite, mecanismo o procedimiento para efectuar la medida de embargo?

2. ALCANCE DEL CONCEPTO.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución¹, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *“sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General”*², así como las formuladas por las contralorías territoriales *“respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General”*³ y las presentadas por la ciudadanía respecto de *“la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”*⁴.

En este orden, mediante su expedición se busca *“orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal”*⁵ y *“asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten”*⁶.

Finalmente se aclara que no todos los conceptos de esta Oficina Jurídica implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con

¹Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

² Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

³ Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁴ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁵ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁶ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.



el Artículo 43, numeral 16⁷ del Decreto Ley 267 de 2000, esta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Descendiendo al asunto concreto materia de consulta, se pasa a dar respuesta a cada uno de los interrogantes en el mismo orden propuesto por el consultante:

3.1. En qué casos la Contraloría General de la República puede establecer medidas cautelares de embargo sobre un bien afectado con patrimonio de familia o con afectación a vivienda familiar?

Debe advertirse en primer término que tanto el patrimonio de familia, regulado por las Leyes 70 de 1931 y 495 de 1999, como la afectación a vivienda familiar, regulada por las Leyes 258 de 1996 y 854 de 2003, **tienen naturaleza inembargable y su protección especial es vinculante a todos los funcionarios judiciales y administrativos**, debiendo entender dentro de estos últimos, a los operadores jurídicos que desarrollan: i) el procedimiento de responsabilidad fiscal establecido por las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 de conocimiento de las Contralorías, y ii) el procedimiento de cobro coactivo regulado en normas especiales, como es el caso del Proceso Fiscal de Cobro señalado en el artículo 90 y siguientes de la Ley 42 de 1993, en concordancia con el artículo 100-1 del CPACA.

En el caso de los bienes afectados con patrimonio de familia, el inciso 2° del artículo 60 de la Ley 9 de 1989, modificado por el artículo 38 de la Ley 3ª de 1991, estableció una excepción a la inembargabilidad del patrimonio de familia, a saber: *"El patrimonio de familia es embargable únicamente por las entidades que financien la construcción, mejora o subdivisión de la vivienda"*.

En relación con la afectación a vivienda familiar, el artículo 7° de la Ley 258 de 1996 establece las siguientes excepciones al principio de inembargabilidad: *"1. Cuando sobre el bien inmueble se hubiere constituido hipoteca con anterioridad al registro de la afectación a vivienda familiar, y 2. Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar préstamos para la adquisición, construcción o mejora de la vivienda."*

En consecuencia, la Contraloría General de la República no puede establecer medidas cautelares sobre los bienes mencionados, pues las excepciones previstas por la ley no aplican a los trámites de esta Entidad.

⁷Art. 43. OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

3.2. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior: ¿Cuál es el fundamento jurídico para afectar la inembargabilidad de dichos bienes?

La respuesta es negativa, razón por la cual no procede responder este interrogante.

3.3. ¿En qué casos la Contraloría General de la República puede levantar las medidas de patrimonio de familia a vivienda familiar de bienes en procesos de responsabilidad fiscal o jurisdicción coactiva?

En virtud de lo establecido por el artículo 97 de la Ley 42 de 1993:

“Cuando aparezca que los bienes del responsable fiscal son insuficientes para cubrir el total de la suma establecida en el fallo con responsabilidad fiscal, las contralorías podrán solicitar la revocación de los siguientes actos realizados por el responsable fiscal, dentro de los dieciocho (18) meses anteriores a la ejecutoria del citado fallo, siempre que el acto no se haya celebrado con buena fe exenta de culpa: (...) 4. Todo contrato celebrado con su cónyuge, compañero permanente, con sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, único civil o con algún consorcio en sociedad distinta de la anónima.” (Resaltado nuestro).

Ahora bien, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁸ al analizar la constitución, sustitución y cancelación del patrimonio de familia se ocupó de señalar su naturaleza jurídica así:

“La constitución, alteración y extinción del patrimonio de familia inembargable, son fenómenos jurídicos que la legislación los trata ordinariamente como negocios jurídicos complejos, que implicaba declaraciones de voluntad pertinentes, y la intervención judicial del caso (como simplemente actuación o proceso de jurisdicción voluntaria), salvo algunas excepciones legales.” Podría tenerse éste como un evento sujeto a revocatoria judicial, la cual en todo caso deberá tramitarse ante el juez civil del circuito del domicilio del responsable fiscal, en los términos del artículo 98 de la Ley 42 de 1993 y “siempre que el acto no se haya celebrado con buena fe exenta de culpa”.

Debe advertirse además que el supuesto de la revocatoria enunciado, no supone los casos de patrimonio de familia que deben ser constituidos de manera obligatoria o por ministerio de la ley como son los casos del patrimonio de familia de las viviendas de interés social construidas como mejoras en predio ajeno que establece el parágrafo del artículo 5º de la ley 258 de 1996, las viviendas financiadas conforme a la Ley 546 de 1999, y las viviendas de las madres o padres cabeza de familia que se establecen la Ley 861 de 2003, pues la constitución de tales patrimonios es de carácter obligatorio, de suerte que no operaría la ausencia de buena fe exigida por la norma.

⁸ Radicación 11001-03-06-000-2013-00252-00(2151) CP ÁLVARO NAMÉN VARGAS, 3 de diciembre de 2013.

En tratándose del levantamiento de la afectación de un inmueble a vivienda familiar, la Ley 258 de 1996 establece la siguiente posibilidad de levantamiento de la afectación, por su naturaleza aplicable a la Contraloría General de la República:

“Artículo 4. Levantamiento de la afectación. (...) 7. Por cualquier justo motivo apreciado por el juez de familia para levantar la afectación, a solicitud de un cónyuge, del Ministerio Público o de un tercero perjudicado o defraudado con la afectación.” (Resalto).

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que tanto el patrimonio de familia como la afectación a vivienda familiar si bien son figuras jurídicas distintas, tienen en común que son medidas establecidas por el legislador para proteger económicamente al núcleo familiar, protección que está elevada a rango constitucional (artículos 5 y 42). Así mismo, cualquier decisión que involucre el interés de menores de edad, debe atender la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia, de suerte que la aplicación de las salvedades descritas debe hacerse con un carácter absolutamente restrictivo.

3.4. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior ¿Quién es competente para levantar esas afectaciones? ¿Cuál sería el trámite, mecanismo o procedimiento para el levantamiento de dichas medidas?

Las acciones revocatorias previstas en el artículo 97 de la Ley 42 de 1993 se tramitan mediante proceso verbal ante el Juez Civil del Circuito del domicilio del responsable fiscal por el trámite del proceso verbal que regula el Código General del Proceso, proceso que no suspende ni afecta el curso y cumplimiento del proceso de Jurisdicción Coactiva⁹.

Frente al levantamiento de la afectación a vivienda familiar, la Ley 1564 de 2012 determinó en su artículo 21 la competencia de los jueces de familia en única instancia, en los siguientes términos:

“Artículo 21. Competencia de los jueces de familia en única instancia. Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos: (.....)

12. De la constitución, modificación o levantamiento de la afectación a vivienda familiar, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios.”

A su turno, el procedimiento aplicable es el contemplado en el artículo 577 del CGP según el cual, ***“Se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes asuntos: (...) 9. Cualquier otro asunto de jurisdicción voluntaria que no tenga señalado trámite diferente.”***

Vale la pena advertir que dado el carácter excepcional de levantamiento de la afectación a vivienda familiar derivado del supuesto del artículo 4 de la Ley 258 de

⁹ Artículo 98 ibídem.



1996, no es posible asumir que pueda ser tramitado por notarios, pues la solicitud puede involucrar el interés de menores de edad y, en todo caso, surge un conflicto entre la aplicación de normas que protegen intereses jurídicos diferentes al del núcleo familiar.

3.5. La Contraloría General de la República puede establecer medidas cautelares de embargo sobre la pensión de una persona inmersa en un proceso de responsabilidad fiscal o de jurisdicción coactiva?

Para responder el interrogante, debe tomarse como referencia el artículo 48 de la Constitución Política conforme al cual: *"Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho".*

De lo anterior resulta palmario concluir que es posible que las pensiones sean objeto de: **i)** los descuentos autorizados por el pensionado, **ii)** las deducciones de ley como son los aportes del Sistema de Seguridad Social, y **iii)** los embargos "ordenados de acuerdo con la ley".

Frente a lo anterior, el artículo 134 de la Ley 100 de 1993 dispone **que son inembargables** entre otras: *"5. Las pensiones y demás prestaciones que reconoce esta Ley, cualquiera que sea su cuantía, salvo que se trate de embargos por pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia."* (Énfasis no original)

A su turno, el artículo 3 del Decreto 1073 de 2002, modificado por el artículo 1° del Decreto 994 de 2003, estableció que *"los embargos por pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas o fondos de empleados, no podrán exceder el 50% de la mesada pensional"*.

En conclusión, las pensiones, cualquiera que sea su cuantía -incluidas aquellas cuyo monto sea igual a un salario mínimo legal-, **son embargables única y exclusivamente cuando la obligación surja con ocasión de deudas a favor de cooperativas o para cubrir acreencias alimentarias**, evento en el cual, en todo caso, el embargo no puede exceder el 50% de la mesada pensional.

Dado que las obligaciones derivadas de los procesos de responsabilidad fiscal establecido por las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, y de cobro coactivo, no están dentro de los supuestos que permiten el embargo de las mesadas pensionales, no es procedente impartir medidas de embargo de tales mesadas; lo procedente en este caso, podría ser un acuerdo de pago en donde el pensionado

autorice un descuento a su mesada, dentro de los límites de descuento que permitan su mínimo vital¹⁰.

3.6. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior: ¿En qué casos aplicaría dicho embargo?, ¿Hasta qué monto procedería la medida cautelar? ¿Cuál sería el trámite, mecanismo o procedimiento para efectuar la medida de embargo?

Dado que la respuesta es negativa, no resulta necesario resolver este interrogante.

4. CONCLUSIONES.

Con fundamento en lo anterior, las disposiciones sobre inembargabilidad del patrimonio de familia, de los bienes con afectación a vivienda familiar, y de las mesadas pensionales, son de orden público y de obligatorio cumplimiento tanto para funcionarios judiciales como administrativos. Las excepciones a estas normas deben estar previstas en la ley, y el procedimiento a aplicar en cada caso dependerá de la excepción o salvedad que resulte aplicable.

Cordial saludo,



IVÁN DARIO GUAUQUE TORRES
Director Oficina Jurídica

Proyectó:	Claudia Denisse Flechas Hernández
Revisó:	Pedro Pablo Padilla Castro
N.R.:	Radicado: 2017ER0064324
Archivo:	TRD. 80112-152-02 Respuesta de trámite y/o de fondo

¹⁰ Sobre el mínimo vital la Corte, en Sentencia T-084 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería, precisó que: "Las necesidades básicas que requiere suplir cualquier persona, y que se constituyen en su mínimo vital, no pueden verse restringidas a la simple subsistencia biológica del ser humano, pues es lógico pretender la satisfacción, de las aspiraciones, necesidades y obligaciones propias del demandante y su grupo familiar. Igualmente debe recordarse que el derecho fundamental a la subsistencia de las personas, depende en forma directa de la retribución salarial, según lo ha sostenido la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades, pues de esta manera también se estará garantizando la vida, la salud, el trabajo y la seguridad social. En adición, la jurisprudencia ha explicado que el mínimo vital no es un concepto equivalente al de salario mínimo, sino que depende de una valoración cualitativa que permita la satisfacción congrua de las necesidades, atendiendo las condiciones especiales en cada caso concreto.