OFICIO 220-126109 DEL 20 DE JUNIO DE 2016

REF: RADICACIÓN 2016-01-251279 04/05/2016- LA PROPIEDAD FIDUCIARIA NO IMPIDE LAS MEDIDAS CAUTELARES DENTRO DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA.

Aviso recibo de su escrito radicado con el número citado en la referencia, mediante el cual formula la siguiente consulta:

“-¿Las autoridades del Estado, tal como ustedes, embargan inmuebles que se encuentran con FIDEICOMISO CIVL?, en caso afirmativo ¿bajo qué circunstancias y teniendo cuenta cuáles requisitos.?”;

-¿Cuál es la argumentación jurídica con la que se procede a embargar bienes inmueble con FIDEICOMISO CIVIL en los términos de liquidación adelantados por las autoridades del Estado?;

-Cuál es el procedimiento funcional en la ejecución de medidas cautelares de embargo en un inmueble con FIDEICOMISO CIVIL dentro de los procesos de liquidación societaria?.”

Para los fines, a los que se contrae el cuestionamiento planteado, este despacho se permite realizar las siguientes consideraciones jurídicas de carácter general, poniendo de presente que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, esta Superintendencia emite un concepto u opinión general y abstracto sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una situación o tramite en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

- 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 públicos 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, advirtiendo 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 proceso ejecutivo 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 el 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.

En lo que atañe a la insolvencia de la persona natural no comerciante, deberá estarse a la regulación de las medidas cautelares previstas en dicho régimen de conformidad con lo previsto en los artículos 565 del Código General del Proceso.

En los anteriores términos, su solicitud ha sido atendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.