

TEMA: NEGOCIO FIDUCIARIO – Excepción a la inembargabilidad contemplada en el artículo 1238 del Código de Comercio cuando el patrimonio autónomo a través de su vocera, en cumplimiento del contrato de fiducia, se obliga cambiariamente y constituye hipoteca encaminada a realizar la finalidad de la fiducia. /

HECHOS: El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. - BBVA Colombia, actuando a través de apoderado judicial, promovió demanda ejecutiva con sustento en un título valor pagaré en contra del Fideicomiso Nawa cuya vocera y administradora es Alianza Fiduciaria S.A. , Arquitectura y Construcciones S.A.S. , Camilo Ospina & CIA S.A.S. , Inversiones Juan GV S.A.S y el Grupo RB Ospina S.A.S; el juzgado libró orden de apremio y, decretó varias cautelas y denegó “el embargo y secuestro del inmueble propiedad de la parte demandada ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como vocera y administradora del FIDEICOMISO NAWA” por ser un bien que hace parte del negocio fiduciario, por lo que la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. El a quo resolvió la reposición manteniendo la determinación atacada y concedió la alzada. La Sala debe establecer cuáles bienes del negocio fiduciario pueden ser objeto de embargo, los que sí pueden ser objeto de cautela por obligaciones contraídas por el mismo patrimonio autónomo para desarrollar el objeto del contrato de fiducia.

TESIS: Por sabido se tiene que las medidas cautelares en el proceso civil están configuradas para asegurar el cabal cumplimiento de las decisiones que se adopten al interior de este, principalmente, en la providencia que resuelva las pretensiones del juicio. El concepto doctrinario más autorizado en materia procesal enseña que la finalidad de las cautelas es la de evitar “aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso.” (...) La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere 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. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios. (...) Este contrato se caracteriza por la transferencia de bienes o derechos a la sociedad fiduciaria, y en consecuencia la constitución de un patrimonio autónomo con los bienes o derechos transferidos destinados a ejecutar el objeto del contrato. (...) El bloque normativo señalado en precedencia, genera una serie de elementos particularizantes y diferenciadores en este negocio jurídico, tales como (i) la necesaria transferencia de la titularidad del dominio de los bienes fideicometidos, como consecuencia de lo cual (ii) surge un “patrimonio autónomo” en cabeza de la entidad fiduciaria encargada de su administración y representación, pero (iii) separado de los bienes propios de ésta y (iv) de la prenda general de los acreedores del fideicomitente; (v) patrimonio autónomo que tendrá una duración y finalidad determinada, conforme se pacte en el contrato, y (vi) que solo responderá por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en cumplimiento de la finalidad de la fiducia. (...) Este negocio jurídico es, por su estructura y contenido, solemne pudiendo constar en documento privado o escritura pública según recaiga sobre bienes muebles o inmuebles, o según “lo autorice el Gobierno Nacional”; bilateral o plurilateral, según concurren dos o más contratantes a su conformación, por cuanto el fideicomitente puede ser al mismo tiempo el beneficiario, o éste lugar ser ocupado por un tercero, pero en todo caso, quedará sometido a la reglas propias de los contratos bilaterales; de colaboración en atención a que todos los contratantes buscan un interés común; de adhesión o libre discusión; nominado, marco, principal debido a que no necesita otro para existir y oneroso por cuanto fiduciante y fiduciario se gravan recíprocamente en procura de beneficios. (...) El aludido artículo 1238 dispone textualmente. “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 de este. 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”. (...) Es adecuado señalar que la garantía real de hipoteca no cede ante la fiducia, máxime en este caso donde fue el mismo patrimonio autónomo a través de su vocera, previa autorización en el contrato de fiducia y para la realización del objeto del mismo, el que gravó el bien; para ilustrar este tema resulta adecuado también traer a colación a la Corte Suprema de Justicia que en sentencias de fecha 15 de julio de 2008, Referencia 00579-01 y SC 6227 de 2006 explicó que la fiducia no afecta la garantía hipotecaria. Aunque en dichos proveídos la Corte también analiza dos casos diferentes al presente porque en ambos refiere a la fiducia especial de garantía y en el primero además, la hipoteca fue previa a la fiducia, dichas providencias sí resultan explicativas sobre la relevancia del gravamen hipotecario frente a la fiducia y sobre la necesidad, nuevamente, de analizar los aspectos que rodean al contrato de fiducia específico y sus particularidades, en la primera providencia a manera de síntesis se expuso. (...) “La constitución de la fiducia en garantía ningún perjuicio le reporta a la sociedad demandante, en la calidad que aduce porque la transferencia del derecho de dominio, con la hipoteca, al patrimonio autónomo, no mengua la garantía real ante una eventual realización de los bienes para cumplir el fin que se propuso el fideicomitente. Si el fiduciario, en efecto, no atiende preferentemente esas obligaciones, el gravamen sigue vigente y el nuevo adquirente puede verse compelido a que sea perseguido por el acreedor hipotecario. (...) Y en la segunda señaló dicha Corporación. En punto a la naturaleza de la fiducia en garantía, esto es, si se trata de un derecho real accesorio o personal, la jurisprudencia de la Corte de tiempo atrás tomó partido por lo segundo, al decir que La fiducia en garantía no es, ni da lugar, a un arquetípico derecho real en cabeza del fideicomisario-acreedor, no solo porque en materia de derechos de ese linaje rige – en Colombia- el criterio de numerus clausus –por oposición al numerus apertus- sino también porque el beneficiario de la fiducia mercantil de garantía no goza del atributo de persecución que le es propio a aquellos. Incluso, se debe resaltar que dicho contrato no es causa especial de preferencia –propiamente dicha- sobre los bienes fideicomitidos (art. 2493 C.C.), ni le concede privilegio al crédito garantizado (art. 2494 ib). (...) De modo pues que, si en eventos donde la hipoteca es otorgada por el fiduciante, la misma prevalece sobre la fiducia de garantía posterior y el bien puede ser perseguido ante el patrimonio autónomo como actual titular (a pesar de la inembargabilidad de los bienes del fiduciante), con mayor razón predomina el gravamen hipotecario en un caso como el presente. (...) Por lo expuesto en precedencia, se revocará el ordinal primero del auto de fecha 17 de enero de 2024, dictado por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín, mediante el cual denegó el embargo y secuestro del inmueble identificado con MI 020-2089XX y, en consecuencia, se ordena al juzgado de primera instancia que proceda a decretar la cautela aludida(...)

MP: MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

FECHA: 28/06/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Medellín, veintiocho (28) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Proceso:	Ejecutivo
Radicado:	05001 31 03 008 2023 00437 01
Demandante:	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. - BBVA Colombia
Demandados:	Fideicomiso Nawa y otros
Providencia	Auto nro. 099
Tema:	Excepción a la inembargabilidad contemplada en el artículo 1238 del Código de Comercio cuando el patrimonio autónomo a través de su vocera, en cumplimiento del contrato de fiducia, se obliga cambiariamente y constituye hipoteca encaminada a realizar la finalidad de la fiducia.
Decisión:	Revoca
Sustanciador:	Martha Cecilia Ospina Patiño

El Tribunal procede a decidir el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de la parte demandante frente al auto de fecha 17 de enero de 2024, dictado por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín, mediante el cual denegó una medida cautelar solicitada por la parte actora.

I. ANTECEDENTES

El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. - BBVA Colombia, actuando a través de apoderado judicial, promovió demanda ejecutiva con sustento en un título valor pagaré en contra del Fideicomiso Nawa cuya vocera y administradora es Alianza Fiduciaria S.A., Arquitectura y Construcciones S.A.S., Camilo Ospina & CIA S.A.S., Inversiones Juan GV S.A.S y el Grupo RB Ospina S.A.S. [Archivo digital 003. Primera Instancia].

En auto del 17 de enero de 2024 el juzgado libró orden de apremio y, en providencia separada de la misma fecha, decretó varias cautelas y

denegó “el embargo y secuestro del inmueble identificado con el F.M.I. 020-208983, ubicado en el PUNTO DENOMINADO “LA ALBANIA” ETAPA ESCARLATO de RIONEGRO -ANTIOQUIA de propiedad de la parte demandada ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como vocera y administradora del FIDEICOMISO NAWA” por ser un bien que hace parte del negocio fiduciario [Archivo digital 02. Cuaderno de medidas cautelares. Carpeta primera instancia]

Contra la anterior determinación la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación [Archivo digital 05. Cuaderno de medidas cautelares. Carpeta primera instancia]

En providencia del 13 de febrero de 2024, el *a quo* resolvió la reposición manteniendo la determinación atacada y concedió la alzada [Archivo digital 05. Cuaderno de medidas cautelares. Carpeta primera instancia]

II. LA IMPUGNACIÓN

La alzada fue sustentada así:

Inicia la parte recurrente por aludir a los antecedentes del litigio diciendo que entre Arquitectura y Construcciones S.A.S. y Alianza Fiduciaria S.A., se suscribió contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliaria, a través del cual se constituyó el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Nawa con la finalidad exclusiva de desarrollar un proyecto de vivienda de interés social, el cual se levantaría en el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 020-208983 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Rionegro; que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio autónomo independiente y separado del patrimonio de los contratantes; que los bienes que conforman el fideicomiso no forman parte de la garantía general de los acreedores y solo pueden garantizar obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida con el contrato; que la propiedad del inmueble, cuyo embargo fue negado, fue transferida al patrimonio autónomo, con el fin de que en el mismo se desarrolle el proyecto de vivienda aludido y sirva de garantía de pago de las obligaciones contraídas para su financiación, razón por la

cual se gravó con hipoteca en favor de la entidad demandante, financiadora del proyecto.

Luego señala el artículo 1238 del Código de Comercio, norma en la que se fundó el *a quo* para negar la cautela, el cual establece 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*”, lo cual no aplica en este caso porque las obligaciones cuyo pago se persigue fueron adquiridas por el patrimonio autónomo que, a través de la sociedad fiduciaria que lo representa, suscribió el pagaré y la escritura de hipoteca y la fiduciante es demandada simplemente como avalista; que el artículo 1227 del Código de Comercio, dispone que los bienes objeto de la fiducia “*sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida*”, de donde se concluye una excepción al principio general establecido en el artículo 1238 referido; que las obligaciones cuyo pago se persigue en el presente proceso fueron adquiridas directamente por el patrimonio autónomo y tienen por objeto la financiación del proyecto de vivienda objeto de la fiducia.

Que al resolver la reposición el *a quo* señaló como problema jurídico determinar si los bienes de Alianza Fiduciaria pueden ser perseguidos, lo que no es correcto porque lo que se pretende embargar es un inmueble del patrimonio autónomo, máxime que Alianza Fiduciaria no es demandada directamente sino como vocera del mentado patrimonio autónomo, siendo realmente la discusión establecer cuáles bienes del negocio fiduciario pueden ser objeto de embargo, los que sí pueden ser objeto de cautela por obligaciones contraídas por el mismo patrimonio autónomo para desarrollar el objeto del contrato de fiducia; siendo extraño que al resolver la reposición el juez de primer grado no analizara el contrato de fiducia ni la relación con la garantía hipotecaria constituida en favor de la demandante.

El expediente fue recibido en esta Corporación el 22 de febrero del año en curso, siendo procedente resolver de plano conforme manda el artículo 326 del C.G.P. previas las siguientes:

III. CONSIDERACIONES

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Por sabido se tiene que las medidas cautelares en el proceso civil están configuradas para asegurar el cabal cumplimiento de las decisiones que se adopten al interior del mismo, principalmente, en la providencia que resuelva las pretensiones del juicio. El concepto doctrinario más autorizado en materia procesal enseña que la finalidad de las cautelas es la de evitar *“aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso”*.¹

La Corte Constitucional también ha tenido la oportunidad de exponer lo siguiente sobre las medidas cautelares. Así en la Sentencia T 379 de 2004, expresó:

(...) son instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.

El régimen de las medidas cautelares es taxativo y de interpretación restringida, en aras de limitar la afectación de las personas demandadas en un juicio. Dicha idea ha sido recogida por la doctrina, así: *“Tampoco se ha dejado librada su procedencia y oportunidad al criterio del Juez, sino que se las ha autorizado expresamente en cada caso, de donde resulta que por su carácter excepcional las disposiciones que a ellas se refieren son de interpretación restrictiva”*² Como características de la medida cautelar es adecuado indicar que consiste generalmente en un acto jurisdiccional, ya que por medio de ésta se cumple una de las funciones del juez, que es asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales. También se caracterizan las medidas por ser instrumentales o accesorias, ya que si se miran

¹ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Buenos Aires: E.J.E.A. 1971, pag. 415.

² CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*, traducción de la 3 edición, pagina 279.

individualmente no tienen sentido o efecto práctico. La provisionalidad como característica es corolario de la anterior, ya que sólo persisten mientras esté en curso el proceso y después de éste en casos especiales.

2. EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

El contrato de fiducia mercantil se encuentra regulado, principalmente, en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, siendo definido en el primero de éstos como sigue:

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada **fiduciante o fideicomitente**, transfiere 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**.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios (Resaltado intencional).

Así entonces, el contrato de fiducia mercantil es un vínculo a través del cual una persona natural o jurídica, llamada fiduciante o fideicomitente, entrega uno o más bienes o derechos determinados, transfiriendo la propiedad de los mismos a una persona jurídica llamada sociedad fiduciaria o fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir un fin determinado por el fideicomitente, en provecho propio o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Este contrato se caracteriza por la transferencia de bienes o derechos a la sociedad fiduciaria, y en consecuencia la constitución de un patrimonio autónomo con los bienes o derechos transferidos destinados a ejecutar el objeto del contrato.

El bloque normativo señalado en precedencia, genera una serie de elementos particularizantes y diferenciadores en este negocio jurídico, tales como (i) la necesaria transferencia de la titularidad del dominio de los bienes fideicometidos, como consecuencia de lo cual (ii) surge un “*patrimonio autónomo*” en cabeza de la entidad fiduciaria encargada de su administración y representación, pero (iii) separado de los bienes propios de ésta y (iv) de la prenda general de los acreedores del

fideicomitente; (v) patrimonio autónomo que tendrá una duración y finalidad determinada, conforme se pacte en el contrato, y (vi) **que solo responderá por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en cumplimiento de la finalidad de la fiducia.**

En palabras de la Superintendencia Financiera, el acuerdo de voluntades en comento se caracteriza por:

"La fiducia da nacimiento a una propiedad formal en cabeza del fiduciario y por ello los bienes así afectados no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario (art. 1227, C. de Co.) y deben figurar en su contabilidad como bienes distintos de los propios (num. 2 arts. 1234, 1236, C. de Co.). En cuanto al constituyente es claro que los bienes fideicomitados salen de su patrimonio y por ello no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución (art. 1238, C. de Co.) ni pueden ser susceptibles de su libre disposición (num. 4 artículos 1234, 1236, C. de Co.). El beneficiario tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten (art. 1238, C. de Co.). En síntesis, el derecho de propiedad presenta una escisión: la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario (propiedad beneficiosa)"³.

Este negocio jurídico es, por su estructura y contenido, *solemne* pudiendo constar en documento privado o escritura pública según recaiga sobre bienes muebles⁴ o inmuebles, o según "*lo autorice el Gobierno Nacional*"⁵; *bilateral* o *plurilateral*, según concurren dos o más contratantes a su conformación, por cuanto el fideicomitente puede ser al mismo tiempo el beneficiario, o éste lugar ser ocupado por un tercero, pero en todo caso, quedará sometido a la reglas propias de los contratos bilaterales⁶; *de colaboración* en atención a que todos los contratantes buscan un interés común; *de adhesión o libre discusión*; *nominado, marco, principal* debido a que no necesita otro para existir y *oneroso* por cuanto fiduciante y fiduciario se gravan recíprocamente en procura de beneficios.

³ Superintendencia Financiera. Concepto OJ-479 de septiembre de 1973.

⁴ Artículo 1º del Decreto 847 de 1993

⁵ Artículo 146 Decreto 663 de 1993

⁶ BONIVENTO FERNÁNDEZ. José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales. Tomo II. Octava Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2009. Pág. 287

3. CASO CONCRETO.

En el asunto bajo examen como se anteló, el juez de primera instancia negó el embargo y secuestro del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria N° 020-208983 con sustento en tratarse de un bien que hace parte del negocio fiduciario, decisión que la parte demandante recurrió aduciendo indebida interpretación de las normas que regulan la fiducia y del contrato contentivo de la misma que fue arrimado como anexo de la demanda.

No se discute que el artículo 1238 del Código de Comercio que tuvo el *a quo* como fundamento de la decisión establece de forma general la inembargabilidad de los bienes fiduciarios, en tanto no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, no obstante dicha norma merece un análisis más detallado que no efectuó el juez de primer grado como se pasa a detallar.

El aludido artículo 1238 dispone textualmente:

“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”

Si se repara de forma detenida en la norma citada, se advierte que la inembargabilidad de los bienes fiduciarios está contemplada para dos situaciones muy específicas, la primera es respecto a los acreedores del FIDUCIANTE y la segunda frente a los acreedores del BENEFICIARIO.

Ahora bien, según el mandato del artículo 1226 del Código de Comercio citado en las consideraciones generales de esta providencia, el FIDUCIANTE es la persona que transfiere uno o más bienes al FIDUCIARIO, éste segundo es quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir la finalidad determinada en el contrato de fiducia, acuerdo de voluntades que va encaminado al provecho de un BENEFICIARIO.

En este caso la lectura del contrato de fiducia, de la demanda y sus

anexos evidencia que entre ARQUITECTURA Y CONSTRUCCIONES S.A. y ALIANZA FIDUCIARIA S.A. se suscribió contrato de fiducia mercantil de administración, con la finalidad de desarrollar un proyecto inmobiliario de vivienda, en el que la primera tiene la condición tanto de FIDUCIANTE como de BENEFICIARIA y, la segunda, de FIDUCIARIA, contrato en virtud del cual la FIDUCIANTE (ARQUITECTURA Y CONSTRUCCIONES S.A.) transfirió a la FIDUCIARIA (ALIANZA FIDUCIARIA S.A.) los derechos sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria N° 020-208983, negocio en el que además nació el Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO NAWA; en dicho contrato la FIDUCIANTE autorizó expresamente a la FIDUCIARIA para que, como vocera del patrimonio autónomo, suscribiera documentos de crédito encaminados a la construcción del proyecto inmobiliario y constituyera garantías reales a favor de la entidad de crédito, especialmente garantía hipotecaria y, fue en virtud de esa autorización que la FIDUCIARIA como vocera del patrimonio se obligó cambiariamente con la entidad de crédito aquí demandante y gravó el inmueble aludido con hipoteca en favor de dicho banco.

De lo anterior se desprende entonces que: (i) La acreencia perseguida no es de la FIDUCIANTE-BENEFICIARIA, sino del patrimonio autónomo, en tanto la obligación cambiaria con el banco demandante fue adquirida por la vocera de dicho patrimonio y, la calidad de demandada de la fiduciante es únicamente como avalista de dicha obligación y la fiduciaria es llamada únicamente como vocera del patrimonio, pero no son demandadas como obligadas directas, lo que implica de entrada que este caso no se enmarca en la inembargabilidad del artículo 1238 del C.Co. porque, se insiste, no se está persiguiendo el bien fiduciario por una acreencia de ARQUITECTURA Y CONSTRUCCIONES S.A., que es lo impedido en la norma, sino por una deuda adquirida por el patrimonio autónomo mediante su vocera; (ii) en el contrato de fiducia expresamente se autorizó a la vocera del patrimonio autónomo para adquirir créditos y constituir garantía hipotecaria para la financiación del proyecto inmobiliario, de donde se desprende que se trata de una obligación adquirida para la finalidad de la fiducia que lo es el desarrollo del proyecto inmobiliario de vivienda, lo que conlleva a que la norma aplicable en este caso particular no sea el plurimencionado artículo 1238 C.Co., como

tampoco el numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil⁷, sino la norma especialísima contenida en el artículo 1227 del Código de Comercio, que establece 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*” (Resaltado intencional).

Resulta pertinente indicar que dadas las particularidades que rodean los contratos de fiducia y las diferentes modalidades de dicha figura contractual, en casos donde se ve involucrado un asunto de dicho talante es necesario analizar con detalle el contenido del acuerdo de voluntades y no apresurarse en generalizaciones; sobre este tema resulta pertinente traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia STC 4117 de 2023 donde dicha Corporación consideró que el juez encartado incurrió en vía de hecho porque las particularidades de ese caso concreto implicaban una excepción a la inembargabilidad de los bienes fiduciarios, señalando que se trata de un tema polémico; que la inembargabilidad de los bienes involucrados en la fiducia no puede entenderse como un concepto abstracto y, que, por ende, tiene excepciones, expresamente señaló la Corte:

“3.2. La inembargabilidad de los bienes que el deudor «posee fiduciariamente».

Acorde con el artículo 1677, numeral 8, del Código Civil: «*La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables. No son embargables: 8º) La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente*», regla que fue incluida también en las codificaciones procesales preexistentes, bien por remisión (en vigencia del Código Judicial), o por reiteración (estando en vigor el Código de Procedimiento Civil;

⁷ Artículo 1677. Bienes incluidos en la cesión. la cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

No son embargables:

1o.) <numeral modificado por el artículo 3o. De la ley 11 de 1984. El nuevo texto es el siguiente:> no es embargable el salario mínimo legal o convencional.

2o.) El lecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas.

3o.) Y 4o.) <numerales derogados tácitamente por el numeral 11 del artículo 684 del código de procedimiento civil, según sentencia de la corte constitucional

5o.) Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado.

6o.) Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual.

7o.) Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia, durante un mes.

8o.) La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.

9o.) Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación.

No obstante, no parece pertinente colegir que como el numeral 13 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil no fue reproducido en el canon 594 del Código General del Proceso, la norma del Código Civil fue derogada, porque así no lo señaló expresamente el legislador, ni la pauta recién citada constituye un *numerus clausus*; por el contrario, allí se dijo expresamente que **«además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar (...)»** los allí relacionados, reconociendo la existencia de otras disposiciones similares, como la citada previamente.

De otra parte, esa inembargabilidad no está exenta de polémica, al menos en un puntual evento: si fiduciante y fiduciario son la misma persona, que es lo que ocurre, a voces del artículo 807 del estatuto sustantivo civil, *«cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición»*, casos en los cuales, se insiste *«gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere (...)»*.

3.3. El precedente de la Sala y la subregla jurisprudencial fijada en CSJ STC13069-2019, 25 sep.

Al verificar la cuestión sobre si la inembargabilidad que actualmente consagra el ordenamiento respecto de *«los objetos que el deudor posee fiduciariamente»* aplica a todos los fideicomisos civiles, o solamente a aquellos en los que fiduciario y fiduciante son personas distintas, y –por lo mismo– puede sostenerse la existencia de una real transferencia de la propiedad entre dos patrimonios, también diferenciables, en la providencia citada se estableció una subregla jurisprudencial, conforme a la cual:

«(i) puede constituirse un fideicomiso civil sin designar un fiduciario, de modo tal que ese papel lo ocupe el mismo fiduciante (de acuerdo con el artículo 807 del Código Civil), pero en ese caso (ii) los acreedores de este podrán embargar los bienes que integran el fideicomiso, porque en realidad no los «posee fiduciariamente» (como lo exige el artículo 1677–8, íd.)».

La prenotada subregla jurisprudencial se estableció en atención a que:

«(...) la inembargabilidad tantas veces referida no se dispuso respecto de la propiedad fiduciaria, como concepto abstracto, sino frente a los bienes «que el deudor posee fiduciariamente», esto es, aquellos en los que la relación jurídica entre un activo y el titular de derechos reales solo puede explicarse a partir de un negocio fiduciario; únicamente en ese evento la restricción sería útil y armónica con los postulados del derecho privado.

Pero si el propietario pleno, diciéndose fiduciante, pretende transmitirse a sí mismo la propiedad fiduciaria, en realidad no puede predicarse la existencia de transferencia alguna. De hecho, luce impensable que el propietario pleno se obligue para consigo mismo a transferirse un dominio ahora limitado, o lo que es peor, que con su sola intervención se bifurque su patrimonio en tantos patrimonios distintos como activos posea.

Expresado de otro modo, si el fiduciante es el mismo fiduciario, los bienes que integran su haber lo hacen en virtud de un título y/o modo antecedente, distinto del fideicomiso civil (por vía de ejemplo, un contrato de compraventa sumado a la tradición, o la prescripción adquisitiva de dominio, por el tiempo de ley, precedida de la posesión), de modo que no puede realmente afirmarse que posea bienes «fiduciariamente», o al menos no sin ocultar la realidad preexistente al referido fideicomiso» (Resaltado propio del texto).

Aunque la anterior sentencia no refiere a un asunto con las particularidades del presente caso, si resulta ilustrativa en el sentido de que no puede abordarse de forma genérica y carente de detalle la inembargabilidad de los bienes objeto del negocio fiduciario.

También es adecuado señalar que la garantía real de hipoteca no cede ante la fiducia, máxime en este caso donde fue el mismo patrimonio autónomo a través de su vocera, previa autorización en el contrato de fiducia y para la realización del objeto del mismo, el que gravó el bien; para ilustrar este tema resulta adecuado también traer a colación a la Corte Suprema de Justicia que en sentencias de fecha 15 de julio de 2008, Referencia 00579-01 y SC 6227 de 2006 explicó que la fiducia no afecta la garantía hipotecaria. Aunque en dichos proveídos la Corte también analiza dos casos diferentes al presente porque en ambos refiere a la fiducia especial de garantía y en el primero además, la hipoteca fue previa a la fiducia, dichas providencias sí resultan explicativas sobre la relevancia del gravamen hipotecario frente a la fiducia y sobre la necesidad, nuevamente, de analizar los aspectos que rodean al contrato de fiducia específico y sus particularidades, en la primera providencia a manera de síntesis se expuso:

“La constitución de la fiducia en garantía ningún perjuicio le reporta a la sociedad demandante, en la calidad que aduce porque la transferencia del derecho de dominio, con la hipoteca, al patrimonio autónomo, no mengua la garantía real ante una eventual realización de los bienes para cumplir el fin que se propuso el fideicomitente. Si el fiduciario, en efecto, no atiende preferentemente esas obligaciones, el gravamen sigue vigente y el nuevo adquirente puede verse compelido a que sea perseguido por el acreedor hipotecario. La existencia del fideicomiso, por lo tanto, no es óbice, al menos en el caso concreto, para que los bienes comprometidos puedan ser cautelados con fundamento en la hipoteca, inclusive en la hipótesis de que el acreedor hipotecario sea también beneficiario del fideicomiso, porque el gravamen, por lo dicho, pervive, inclusive, frente al patrimonio autónomo. Desde luego que mientras subsista el negocio fiduciario, la demanda con garantía real debe dirigirse contra el “actual propietario” de los bienes fideicometidos, a su vez

gravados con hipoteca, en el sub iudice, contra el patrimonio autónomo, por intermedio de su vocero, quien es el que lleva su personería (artículo 1234-4 del Código de Comercio).

Y en la segunda señaló dicha Corporación:

En punto a la naturaleza de la fiducia en garantía, esto es, si se trata de un derecho real accesorio o personal, la jurisprudencia de la Corte de tiempo atrás tomó partido por lo segundo, al decir que

*La fiducia en garantía no es, ni da lugar, a un arquetípico derecho real en cabeza del fideicomisario-acreedor, no solo porque en materia de derechos de ese linaje rige – en Colombia- el criterio de numerus clausus –por oposición al numerus apertus- sino también porque el beneficiario de la fiducia mercantil de garantía **no goza del atributo de persecución que le es propio a aquellos. Incluso, se debe resaltar que dicho contrato no es causa especial de preferencia –propriadamente dicha- sobre los bienes fideicomitidos (art. 2493 C.C.), ni le concede privilegio al crédito garantizado (art. 2494 ib).** Por supuesto que el hecho de haber sido catalogada dicha fiducia como garantía o seguridad admisible, para efectos de establecer la cuantía máxima de las operaciones activas que pueden desarrollar los establecimientos de crédito con una misma persona (cupos individuales), no autoriza su calificación como adamantino derecho real (Dec. 2360/93) (CSJ SC de 14 de feb. de 2006, rad. 1000-01) (Resaltado intencional).*

De modo pues que, si en eventos donde la hipoteca es otorgada por el fiduciante, la misma prevalece sobre la fiducia de garantía posterior y el bien puede ser perseguido ante el patrimonio autónomo como actual titular (a pesar de la inembargabilidad de los bienes del fiduciante), con mayor razón predomina el gravamen hipotecario en un caso como el presente, en el que, se reitera, la hipoteca fue otorgada por el patrimonio autónomo mediante su vocera para el desarrollo de la finalidad misma del contrato de fiducia, pues en dicho contrato se estipuló expresamente la necesidad y autorización de gravar el predio entregado por la fiduciante de cara a obtener un crédito para el desarrollo de la construcción objeto del negocio fiduciario y, en la escritura donde se plasmó la hipoteca se indicó que la misma garantiza el crédito constructor otorgado al hipotecante, lo que en síntesis se traduce en que si el acreedor hipotecario puede perseguir al patrimonio autónomo por una obligación anterior del fiduciante⁸, con mayor razón podrá hacerlo cuando dicho patrimonio es el obligado y garante directo y en eventos donde la garantía real está encaminada a lograr la

⁸ Por lo menos cuando la fiducia es de garantía.

finalidad de la fiducia.

Por lo expuesto en precedencia, se revocará el ordinal primero del auto de fecha 17 de enero de 2024, dictado por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín, mediante el cual denegó el embargo y secuestro del inmueble identificado con MI 020-208983 y, en consecuencia, se ordena al juzgado de primera instancia que proceda a decretar la cautela aludida y a proferir los oficios y demás documentos correspondientes para concretarla.

4. COSTAS.

Sin lugar a condena en costas debido a que no se evidencian causadas porque el contradictorio no está integrado, a lo que se agrega que la decisión fue favorable a la recurrente

Por lo expuesto, **la suscrita Magistrada Sustanciadora de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín,**

IV. RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el ordinal primero del auto de fecha 17 de enero de 2024, dictado por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín, mediante el cual denegó el embargo y secuestro del inmueble identificado con MI 020-208983. En consecuencia, el juzgado de primera instancia **DEBE PROCEDER A DECRETAR** la cautela aludida y a proferir los oficios y demás documentos correspondientes para concretarla.

SEGUNDO. ABSTENERSE de imponer condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE


MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO
Magistrada

(Firma escaneada conforme el artículo 105 del C.G.P. en concordancia con la Ley 2213 de 2022)