

CGR-OJ- 186 - 2022

2022EE0182600



80112 –

Bogotá D.C.,

Doctor
DARLES AROSA CASTRO
darlesarosacastro@gmail.com

Referencia: Respuesta a su consulta radicada en la CGR con SIGEDOCs
2022ER0156104 - 2022ER0144993 – 2022ER0145512.
Tema: PROCESO FISCAL DE COBRO COACTIVO. EMBARGO Y
REMATE DE LA NUDA PROPIEDAD.

Respetado doctor Arosa:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR- recibió la consulta citada en la referencia, que procedemos a responder a continuación:

1. Antecedente.

Mediante comunicación electrónica indica que este despacho emitió el concepto jurídico No. 130996 de 2014, en donde se consideró que dentro de trámite de jurisdicción coactiva en el que ha sido embargado un bien inmueble sobre el cual fue constituido una limitación al dominio como lo es el usufructo, "...el bien puede ser rematado, indicándole al usufructuario que tiene prelación en la compra del mismo, de declinar tal derecho, cualquiera podría adquirir la nuda propiedad, si existiera postor en el remate."

En el anterior contexto solicita:

"las fuentes o premisas que fueron tenidas en cuenta al emitirse el concepto, específicamente lo concerniente a los derechos del usufructuario para adquirir con prelación el inmueble que pretende ser rematado por nudos propietarios, desconociendo el derecho real que lo grava, aspecto que es abordado por la entidad en los siguientes términos: **"En el caso que nos ocupa, no se indica el término del usufructo constituido sobre el bien que fue objeto de embargo, ni se disponen de mayores datos sobre el caso, no obstante se señala que el bien puede ser rematado, indicándole al usufructuario que tiene prelación en la compra del mismo, de declinar tal derecho, cualquiera podría adquirir la nuda propiedad, si existiera postor en el remate"**. La posición de la Contraloría es garantista, empero,

solo se hace alusión a providencia emitida por las Altas Cortes, sin especificar la fuente de tal argumento, **el inherente a la prelación del usufructuario en la compra**, al que no se ha podido acceder a pesar de la intensa búsqueda.”

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, 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 *"las 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.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000⁷, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente Doctrinal de la Oficina Jurídica.

¹ Art. 25 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

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

³ Art. 43, numeral 5º 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

⁷ Art. 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.

La consulta formulada guarda relación con las consultas atendidas mediante los conceptos CGR-OJ-2014EE0130996, radicado 2014EE0130996 y CGR— OJ- 141-2018, radicado 20181E0072938, los cuales pueden ser consultados en nuestra página web www.contraloria.gov.co, en el aplicativo institucional SINOR (Normatividad y Relatoría).

3. Consideraciones jurídicas.

4.1. Problema Jurídico.

De la consulta formulada se encuentra que el problema jurídico a analizar es:

¿En un Proceso Fiscal de Cobro Coactivo, es viable jurídicamente embargar y rematar un bien inmueble que se encuentre constituido con una limitación al dominio, como lo es el usufructo??

4.2 Derecho Real de Dominio - Limitaciones.

En primera instancia, se hará referencia a la definición del derecho real de dominio que se encuentra consagrada en el artículo 669 del Código Civil y que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil⁸ definió en los siguientes términos:

“Por su carácter absoluto, el derecho real de dominio confiere al titular un poder pleno sobre la cosa que tiene por objeto, del cual deriva la potestad para obtener de ella toda cuanta ventaja esté en posibilidad de proporcionar, desde luego dentro de las fronteras que puedan resultar del respeto debido a la ley, como a los derechos de los demás, poderío en el cual se conjugan las conocidas atribuciones de utilizarla (jus utendi), percibir sus frutos (jus fruendi) y disponer, material o jurídicamente de ella (jus abutendi).”

No obstante, si bien es cierto que del derecho real de dominio se desprenden ciertas prerrogativas, también lo es que, no es absoluto, pues, la norma establece los modos de limitarlo, así señala el precepto legal:

“ARTICULO 793. <MODOS DE LIMITACION>. El dominio puede ser limitado de varios modos:

- 1o.) Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición.
- 2o.) Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra.
- 3o.) Por las servidumbres.”

⁸ Referencia: Expediente No. 41298-31-03-002-2000-00050-01, Magistrado Ponente JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR.

Dentro de las mencionadas limitaciones se encuentra la constitución del usufructo y el uso o habitación, derechos reales, de los cuales el titular obtiene la facultad de usar y gozar un bien que pertenece a otro, de ahí que se presente la hipótesis de concurrencia de dos derechos reales sobre idéntico objeto, que gozan del respeto recíproco de sus titulares: por un lado el dominio, en razón del cual se conserva al propietario la facultad de disposición sobre el bien y por otro lado el usufructo, uso o habitación que conceden el disfrute del mismo al usufructuario, usuario o a quien pertenece el derecho de habitación, según sea el caso.

4.2.1 Derecho Real de Usufructo – Remate de la Nuda Propiedad.

El concepto de usufructo del latín: *usus fructus*, (uso del fruto), se encuentra en el artículo 823 del Código civil, que para mayor claridad continuación se transcribe:

“ARTICULO 823. <CONCEPTO DE USUFRUCTO>. El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituir a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible.”

De lo anterior se colige que, el usufructo es el derecho a usar y disfrutar bienes ajenos, sin tener su pleno dominio.

En ese sentido, el artículo 824 del mismo Código declara que el usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes: el del nudo propietario, y el del usufructuario. Tiene, por consiguiente, una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad.

Es así que, la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia con referencia: SS-4128931030022000-00050-01⁹, sobre el tema estimo:

“Se suscita así una hipótesis de concurrencia de dos derechos reales sobre idéntico objeto, que gozan del respeto recíproco de sus titulares: el dominio, por un lado, en razón del cual conserva el propietario la facultad de disposición sobre él, y el usufructo, uso o habitación, por la otra, que en tanto perduren conceden el disfrute de ella al usufructuario, usuario o a quien pertenece el derecho de habitación, según el caso, derechos que al despojar el dominio de sus más importantes ventajas, lo limitan, constituyen desmembraciones de él, de ahí que en tales eventos la propiedad sea mera o nuda, como la define el artículo 669 del Código Civil, porque a diferencia de lo que ocurre con la propiedad plena, está privada de algunas de sus prerrogativas esenciales”.

⁹ Magistrado Ponente JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR.

De estas dos definiciones del Código Civil se desprenden, a su vez, varios elementos que se deben aclarar para entender el concepto jurídico en donde la Contraloría General de la República afirma la procedencia de embargar y rematar un bien a pesar que exista un usufructo:

- El usufructo es un derecho real que tiene el usufructuario sobre un determinado bien, sin que sea respecto a determinada persona sino frente a cualquier persona; es decir, si al nudo propietario le es embargada y secuestrada la casa por parte de alguno de sus acreedores, el usufructuario sigue teniendo el derecho a pesar que se presente esta situación jurídica
- Para ser más gráficos, coloquemos un **ejemplo**: Juan vendió una propiedad a Pedro, pero se estableció que el primero se quedaría con el usufructo de dicho bien. Pedro se convirtió, entonces, en el nudo propietario.

Por tanto, el uso y goce de la propiedad es de Juan (derecho real), quien a su vez **tiene la posesión más no el dominio del bien**, porque la nuda propiedad es de Pedro.

Se puede diferir, entonces, que el derecho real guarda relación directa entre una persona y una cosa (Juan y el bien), y el derecho personal una relación directa entre personas (Juan con Pedro).

En conclusión, **los acreedores pueden embargar y rematar el bien de una persona que tiene la nuda propiedad, más no tienen derecho al usufructo porque el usufructuario tiene el uso y goce hasta el término que se haya estipulado.**

Así las cosas, el usufructo quedará en cabeza de quien disfrute y haga uso del bien (usufructuario), con la obligación de conservarlos y cuidarlos como si fueran propios y durante el tiempo que esté determinado. Mientras tanto, el nudo propietario será el dueño y titular de la propiedad, sin tener derecho a ningún disfrute o uso del respectivo bien, y él responderá ante terceros si tiene alguna deuda pendiente sin cancelar.

En efecto, **los acreedores del nudo propietario pueden embargar el bien e, inclusive, rematar, sin que el derecho real de usufructo sea perturbado**, pues quien adquiere el bien en estas condiciones tiene limitado su dominio.

En ese sentido, tal como lo dispone el artículo 2488 del Código Civil "toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677".

4.2. Inexequibilidad de los artículos 106 al 107 y del 109 al 123 del Decreto Ley 403 de 2020.

Respecto del Procedimiento Fiscal de Cobro Coactivo, en primera medida se considera necesario recordar que mediante la Corte Constitucional, mediante sentencia C-113 de 2022, declaró la inexequibilidad de los artículos del 106 al 123 del Decreto Ley 403 de 2020, con excepción del artículo 108, correspondientes al Título XII sobre Jurisdicción Coactiva, por considerar que dichos artículos no desarrollaban las materias para las que le fueron otorgadas facultades extraordinarias el Presidente de la República, mediante el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución.

La decisión de la Corte Constitucional fue la siguiente:

"Primero. ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-090 de 2022, mediante la cual se declararon inexequibles los artículos 124 a 148 del "Título XIII. Fortalecimiento Del Proceso de Responsabilidad Fiscal", del Decreto Ley 403 de 2020, "por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal". Segundo. DECLARAR INEXEQUIBLES los artículos 106 a 123 del "TÍTULO XII. Jurisdicción Coactiva", del Decreto Ley 403 de 2020, "por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal", excepto el artículo 108 que se DECLARA EXEQUIBLE por el cargo analizado en la presente providencia."

Teniendo en cuenta que la decisión fue tomada en sesión de la Sala Plena de la Corte Constitucional del 24 de marzo de 2022, de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y 64 de la Ley 270 de 1996 y, entre otras, la sentencia T-832 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), sus efectos y consecuencias jurídicas se producen desde el día siguiente al que la decisión fue tomada por la Sala, siempre que haya sido divulgada por medios ordinarios conocidos para tal fin.

En cuanto a los efectos de la decisión, el comunicado No. 9 de la Corte Constitucional indica lo siguiente:

"En lo que concierne a los efectos temporales, la Sala aclaró que la decisión de inexequibilidad, de acuerdo con la regla general dispuesta en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, tiene efectos inmediatos y hacia el futuro.

Así mismo, a efectos de evitar un vacío respecto a la regulación del ejercicio de la jurisdicción coactiva por parte de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales, lo cual afectaría las garantías del debido proceso y la protección del patrimonio público, la Corte consideró necesario declarar que, en el presente caso, opera la reviviscencia de los artículos 90 a 98 de la Ley 42 de 1993, "sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", que conforman su capítulo IV "JURISDICCIÓN COACTIVA", y que

fueron derogados por el artículo 166 del Decreto Ley 403 de 2020." (Subrayado fuera del texto original)".

La figura jurídica de la reviviscencia implica que, ante el retiro del mundo jurídico de una norma, como consecuencia de una declaratoria de inexecutable, se reviven los preceptos derogados, es decir, se produce el efecto de reincorporar tales normas al ordenamiento jurídico, dejando sin efectos sus derogatorias.

4.3. Régimen jurídico aplicable a los Procesos Fiscales de Cobro Coactivo (PFC)- Medidas Cautelares.

Consecuencia de los efectos de la sentencia C-113 de 2022, se tiene que, a partir del 25 de marzo de 2022, para el Procedimiento Fiscal de Cobro Coactivo (PFC) de las Contralorías se deben aplicar los artículos 90 al 98 de la Ley 42 de 1993.

Teniendo esto claro, el artículo 90 de la Ley 42 de 1993, prescribe como regla general del Procedimiento Fiscal de Cobro Coactivo (PFC):

“ARTÍCULO 90. Para cobrar los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los títulos ejecutivos a que se refiere la presente Ley, **se seguirá el proceso de jurisdicción coactiva señalado en el Código de Procedimiento Civil, salvo los aspectos especiales que aquí se regulan.**”
(Resaltado fuera del texto original)

En consecuencia, el ejecutor, debe remitirse a lo dispuesto en la Sección Segunda, Proceso Ejecutivo, Título Único, Proceso Ejecutivo, del Código General del Proceso, que regula actualmente dicha materia.

Adicionalmente, se deben aplicar como normas especiales para el Proceso Fiscal de Cobro Coactivo (PFC) los artículos 12, 56 y 58 de la Ley 610 de 2000 y el artículo 103 de la Ley 1474 de 2011.

En el mismo orden, conforme a lo dispuesto en inciso final del artículo 100 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA-, en cuanto la norma del Procedimiento Fiscal de Cobro Coactivo (PFC) no cuenta con regulación especial, en lo que fuere compatible se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera del CPACA, dejando claridad, como lo ha dicho la Oficina Jurídica en oportunidades anteriores, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 42 de 1993, las disposiciones del Código General del Proceso, son normas especiales para el Proceso Fiscal de Cobro Coactivo (PFC) y no supletorias.

Ahora bien, en relación con **el embargo, secuestro y remate de bienes** se observa que, **en los PFC**, las disposiciones que regulan la materia, son las contenidas en los artículos 94 y 95 de la Ley 42 de 1993, artículo 12 de la Ley 610 de 2000, artículo 103 de la Ley 1474 de 2011, y en el Código General de Proceso (Sección Segunda

-Proceso Ejecutivo-, Título Único -Proceso Ejecutivo, Capítulo VII -Ejecución para el cobro de deudas fiscales-, artículos 469 a 472).

Bajo ese contexto, este despacho luego de realizar un análisis sistemático de las normas aplicables en el Proceso Fiscal de Cobro Coactivo, en especial lo relativo a las medidas cautelares, determina que es posible embargar y posteriormente rematar un bien en el cual se hubiere constituido el derecho real de usufructo.

En ese orden, si la nuda propiedad se remata el operador administrativo deberá respetar el usufructo y conservarlo hasta que el plazo establecido se cumpla. Es importante tener en cuenta que, al momento de rematar, el usufructuario tiene prelación ante la compra del bien.

5. Conclusiones

5.2 En el caso que el nudo propietario, se encuentre inmerso en un Proceso Fiscal de Cobro Coactivo, la Contraloría General de la Republica podrá decretar, el embargo y remate del bien; sin embargo, NO podrá quedarse con el dominio pleno de la propiedad, porque el bien posee una limitación, que en este caso es el usufructo.

Cordialmente,



LUIS FELIPE MURGUEITIO SICARD
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Alejandra Aldana Forero
Revisó: Lucenith Muñoz Arenas
N.R. SIGEDOC 2022ER0156104 - 2022ER0144993 - 2022ER0145512
TDR 80112-033 Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos.