



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 14 SEP 2018

Demandante	Silvia Diomar Rocha de Rojas
Demandado	Nación-Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente	15001-3333-009-2015-00207-01
Medio de control	Ejecutivo
Tema	Apelación auto que negó medidas cautelares

Decide el Despacho el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 92 y 93) contra el numeral segundo del auto del 26 de julio de 2018, proferido por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja, por medio del negó la solicitud de medidas cautelares dentro del proceso ejecutivo adelantado por la señora Silvia Diomar Rocha de Rojas en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 84 a 90).

I. EL AUTO APELADO

Se trata del numeral segundo del auto del 26 de julio de 2018, proferido por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja, por medio del cual, se negó la solicitud de medidas cautelares efectuada por la parte demandante dentro del proceso ejecutivo adelantado en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 84 a 90), sustentando su decisión en los siguientes argumentos:

Indicó que los Bancos Agrario de Colombia, Popular, Bancolombia, Occidente, BBVA, Caja Social, Davivienda, AV Villas y Colpatria remitieron respuestas sobre las cuentas que posee la demandada en dichas entidades, encontrándose que en la mayoría de ellas no tiene cuenta alguna, en tanto que en otros se relacionan cuentas y se anexa la certificación respecto de la inembargabilidad de los recursos, haciendo la salvedad que del NIT 830053105 es titular la Fiduprevisora que es un patrimonio autónomo y no es titular el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Señaló que si se tienen en cuenta las consideraciones de este Tribunal, el título base de la ejecución es una sentencia judicial que contiene obligaciones de origen laboral a cargo de la demandada, por lo que se encontraría contenido en las dos primeras excepciones al principio de inembargabilidad puesto que son bienes incorporados en el presupuesto general de la Nación.



Demandante: Silvia Diomar Rocha de Rojas
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FOMAG
Expediente: 15001-3333-009-2015-00207-01
Ejecutivo – auto 2ª instancia

Sostuvo que no obstante ello, la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional es la de cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, sin personería jurídica y sus recursos son administrados por una sociedad de economía mixta, de carácter indirecto del orden nacional, de lo cual se deduce que los recursos de esta están depositados en la Fiduciaria la Previsora, conforme al contrato de fiducia mercantil elevado a escritura pública N° 0083 del 21 de junio de 1990 en la Notaría 44 del Círculo de Bogotá.

Indicó que como los recursos que son del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio hacen parte de una fiducia mercantil, debe atenderse a lo señalado por este Tribunal en proveído del 15 de mayo de 2018 con ponencia de la Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, quien indicó que de acuerdo con el artículo 1238 del C. de Co, esta clase de negocios fiduciarios no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución de la misma, lo cual no sucede en este caso.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad para ello, y una vez notificada la decisión adoptada por el juez de instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el numeral segundo del auto del 26 de julio de 2018, a fin de que sea revocada la decisión de negar la medida cautelar solicitada y en su lugar se acceda a la misma (fls. 92 y 93).

Señaló que los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son administrados por la Fiduprevisora S.A. como cuenta adscrita a la persona jurídica denominada Nación – Ministerio de Educación, que según la Ley 91 de 1989 es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y que no se trata de una persona jurídica o entidad diferente a la Nación, pues no cuenta con personería jurídica y se encuentra adscrita a la Nación.

Manifestó que de manera errada, el *a quo* indica que los recursos que son del FOMAG hacen parte de una fiducia mercantil, pues ello no es cierto toda vez que los recursos pertenecen al FOMAG y la única función de la fiducia es la administración de los mismos.

Aseveró que ella no es acreedora del fiduciante sino del FOMAG y que los recursos que se persiguen no son de la fiducia, sino del FOMAG pues mediante el contrato de fiducia únicamente se está encargando a la Fiduciaria de la administración de los recursos del fondo sin que en la creación de la fiducia se haya dicho que automáticamente los recursos pasarían a ser de esta.



Demandante: Silvia Diomar Rocha de Rojas
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FOMAG
Expediente: 15001-3333-009-2015-00207-01
Ejecutivo – auto 2ª instancia

Finalmente, indicó que el comportamiento del *a quo* resulta excluyente y obstructivo del acceso a la administración de justicia pues el fundamento central de la decisión que se recurre es totalmente distinto, creando un entorno interminable y desgastante que le impediría materializar su derecho.

III. TRASLADO DEL RECURSO

Del recurso incoado se dio traslado a la parte contraria en la forma dispuesta por el artículo 244 del C.P.A.C.A, sin que dentro del término previsto para ella se hiciera pronunciamiento alguno.

IV. CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

Previo a resolver la alzada, resulta del caso precisar que mediante proveído del 25 de junio de 2018 que obra a folios 73 a 79, la Sala de Decisión N° 5 con ponencia del suscrito, ya se había pronunciado frente a la decisión del Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja de negar la medida cautelar solicitada por la parte demandante en este proceso, decisión contenida en el auto del 8 de febrero del corriente año.

En dicha oportunidad, el *a quo* había negado el decreto de medidas cautelares con sustento en que este proceso únicamente busca el cobro de intereses moratorios producto de una sentencia judicial y por tanto, dado que los derechos laborales contenidos en la sentencia base de ejecución ya se encuentran cumplidos, no puede acudirse a las excepciones a la regla general de inembargabilidad, razón por la cual la medida cautelar solicitada no resulta procedente.

Mediante el proveído antes referido, proferido por la Sala de Decisión N° 5, se dispuso revocar dicha negativa del Juzgado Catorce Administrativo de Tunja por considerar que si bien es cierto, en este proceso se persigue el pago de intereses moratorios producto de una sentencia judicial, con ello se entiende que se pretende la ejecución completa de dicha sentencia proferida en contra del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, de tal forma que se configura uno de los supuestos en los que el principio de inembargabilidad sufre una excepción, como lo es que se pretenda el cobro ejecutivo de una sentencia proferida por esta jurisdicción.

Se concluyó entonces que en este caso resultaba procedente decretar la medida cautelar solicitada por la parte ejecutante, razón por la cual se dispuso revocar el auto del 8 de febrero de 2018 y en su lugar se ordenó al juez de primera instancia que estudiara la solicitud de medida cautelar sin oponer la inembargabilidad de los recursos.

En cumplimiento de dicha orden, el Juzgado en mención profirió el auto del 26 de julio del presente año, el cual es objeto del recurso que aquí se estudia, pero en esta oportunidad, la negativa del decreto de la medida



Demandante: Silvia Diomar Rocha de Rojas
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FOMAG
Expediente: 15001-3333-009-2015-00207-01
Ejecutivo – auto 2ª instancia

solicitada se hizo en relación con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por considerar que al estar administrados por la Fiduciaria la Previsora, dichos recursos no son del Fomag, sino que corresponden a la fiduciaria y resulta inviable la medida de embargo solicitada.

Como se observa, en esta oportunidad, los argumentos de la providencia objeto de alzada para negar la medida cautelar solicitada, difieren de los contenidos en el auto del 8 de febrero del corriente año, frente a los cuales se pronunció la Sala de Decisión en providencia del pasado 25 de junio.

Por consiguiente, resulta viable el estudio del recurso interpuesto en esta oportunidad dados los nuevos argumentos expuestos por el *a quo* para negar la medida cautelar.

2. De la Fiducia mercantil y la fiducia pública

Sea lo primero advertir que el C.P.A.C.A., no contempla un procedimiento especial para efectos del trámite del proceso ejecutivo. Por ello, en virtud del artículo 308 ídem, para lo no regulado, debe acudir al Código de Procedimiento Civil; es decir, las disposiciones del Código General del Proceso que en relación con los procesos de ejecución entró a regir a partir del 1º de enero de 2014.

Así las cosas, como quiera que la demanda que suscitó la controversia se incoó en el año 2015, al no haber disposición expresa en el C.P.A.C.A., en relación con el trámite procesal que debe surtir, se aplicarán al mismo las normas contenidas en los artículos 422 y siguientes del Código General del Proceso.

En el presente caso corresponde al Despacho pronunciarse sobre la posibilidad de decretar el embargo de los dineros que la entidad ejecutada posee en cuentas administradas por la Fiduciaria La Previsora.

En relación con este asunto, lo primero que se advierte es que la fiducia se encuentra regulada por el Código de Comercio y en relación con la misma, el artículo 1226 establece:

“ARTÍCULO 1226. <CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL>. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas 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.”

Más adelante, sobre los bienes objeto del negocio, los artículos 1227 y 1238 ibídem, establecen:

“ARTÍCULO 1227. <OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON LOS BIENES ENTREGADOS EN FIDEICOMISO>. Los bienes objeto de la fiducia no forman



Demandante: Silvia Diomar Rocha de Rojas
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FOMAG
Expediente: 15001-3333-009-2015-00207-01
Ejecutivo – auto 2ª instancia

parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.

ARTÍCULO 1238. <PERSECUCIÓN DE BIENES OBJETO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO>. 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, debe precisarse que una es la fiducia mercantil regulada por el Código de Comercio y otra la fiducia pública consagrada en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que se diferencia de la primera en cuanto, en virtud de esta última no hay transferencia de bienes ni constitución de patrimonios autónomos, por lo que en ella opera la posibilidad de embargo de los bienes entregados en fiducia. La norma en cita, señala:

"5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. (...).

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

(...)

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto.

A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

(...)"

Mediante sentencia C-086 de 1995, la Corte Constitucional se refirió a la constitucionalidad de la precitada norma, estudiando las características de la fiducia mercantil de que trata el Código de Comercio, así como las de la fiducia pública a que hace alusión la Ley 80 de 1993 y frente a esta última señaló:

"Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo



Demandante: Silvia Diomar Rocha de Rojas
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FOMAG
Expediente: 15001-3333-009-2015-00207-01
Ejecutivo – auto 2ª instancia

32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993.

Al respecto, debe señalarse que desde el año 2004¹, el Consejo de Estado hizo claridad en cuanto a que en los negocios fiduciarios de carácter público (de los que trata la Ley 80 de 1993) no se configuran patrimonios autónomos, ni hay transferencia de los bienes fideicomitidos, de lo cual se concluye que no es aceptable la posibilidad de que los dineros que se entreguen en un encargo fiduciario o que conformen una fiducia pública no sean parte de la prenda general de los acreedores del fideicomitente.

De otro lado, frente a la fiducia pública, el Consejo de Estado en pronunciamiento del año pasado² señaló:

"Como se recordó, la sección tercera señaló que en la fiducia pública no hay transmisión de la propiedad sobre el bien fideicometido ni se constituye con este un patrimonio autónomo, por lo cual las reglas comerciales sobre la inembargabilidad de los mismos resultan inaplicables en el ámbito de la contratación estatal. Sumado a ello, la destinación específica del dinero reclamado por el demandante, más que conllevar a su inembargabilidad, lo que activa es una restricción en tomo a los bienes que pueden retenerse en función de la obligación insoluta. Esta idea subyace al tratamiento que la sección tercera ha dado a las solicitudes de embargo cuando recaen sobre recursos públicos, pues tanto entonces como ahora, tras determinar que no aplica sobre ellos la regla general de inembargabilidad, lo que se ha revisado en los antecedentes jurisprudenciales es si los bienes por embargar han sido destinados a una finalidad que corresponde con la naturaleza de la obligación cobrada." (sic a todo)

Bajo este entendido, como los bienes no abandonan el patrimonio de la entidad pública, los mismos son embargables por los acreedores de esta. Lo anterior sin perjuicio de aquellos recursos públicos que tienen protección

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 25 de marzo de 2004, Rad. N° 76001-23-25-000-2002-00026- 01 (23623) C.P. Dr. Alirio Eduardo Hernández Enríquez.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección B, Auto 2007-00112/3679-2014 de julio 21 de 2017, Exp.: 08001-23-31-000-2007-00112-02 (3679-2014), C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.



Demandante: Silvia Diomar Rocha de Rojas
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FOMAG
Expediente: 15001-3333-009-2015-00207-01
Ejecutivo – auto 2ª instancia

legal y constitucional especial como los pertenecientes al Sistema General de Participaciones.

3. Caso concreto

Efectuadas las anteriores precisiones, debe determinarse entonces si la fiducia constituida entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora se rige por las previsiones de la fiducia mercantil regulada por el Código de Comercio, o por las previsiones de la fiducia pública de que trata la Ley 80 de 1993; es decir, si se trata de una fiducia propiamente dicha o de un encargo fiduciario.

Al efecto se encuentra que la Ley 91 de 1989 en su artículo 3° autorizó al Gobierno Nacional para la constitución de la fiducia mercantil en el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

"Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional."

En cumplimiento de la anterior disposición, mediante la escritura pública N° 0083 del 21 de junio de 1990, suscrita ante la Notaría 44 del Círculo de Bogotá, el Ministerio de Educación Nacional celebró un contrato de fiducia mercantil con la sociedad Fiduciaria La Previsora, en el cual se dispuso que **en lo no previsto en las cláusulas del contrato, el mismo se regularía por lo dispuesto en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio, la Ley 91 de 1989, sus decretos reglamentarios y las instrucciones de la Superintendencia Bancaria.**

Según se observa, la constitución de la fiducia mercantil entre el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria La Previsora fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, por lo que surge la duda sobre si esta norma modificó la fiducia mercantil que fuera prevista por la Ley 91 de 1989 para este caso especial.

Frente a tal aspecto, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en providencia del 13 de diciembre de 2004³ señaló lo siguiente:

"Acorde con lo anterior, en opinión de esta Sala la ley 80 de 1993 no modificó lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, por el contrario, su artículo

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de diciembre de 2004, Rad. N° 1614, C.P.Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.



Demandante: Silvia Diomar Rocha de Rojas
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FOMAG
Expediente: 15001-3333-009-2015-00207-01
Ejecutivo – auto 2ª instancia

78 de manera general —para todos los contratos en curso - y el inciso cuarto del numeral 5° del artículo 32 - de manera particular para los negocios fiduciarios suscritos a la fecha de la promulgación de la ley 80 por las entidades estatales **-consagran que ellos se rigen por la ley vigente al momento de su celebración, y por tanto no hay lugar a la aplicación de un régimen distinto para las modificaciones o sus prórrogas.** El principio de sujeción de los contratos a la ley vigente al momento de su celebración es de aplicación general y al interprete no le es dable hacer este tipo de distinciones.

Por lo mismo resulta improcedente entender que la modificación de las obligaciones contractuales y la prórroga del plazo y del valor del contrato varían el régimen inicialmente pactado en el contrato, pues esto sería tanto como invertir el principio general, según el cual, lo principal sigue la suerte de lo accesorio e ir en contravía de las disposiciones sobre la interpretación de la ley en el tiempo que consagra la ley 153 de 1887, cuya vigencia es indiscutible.

El alcance del inciso segundo del artículo 22 del Decreto 679 de 1994, debe entonces interpretarse conforme a lo dispuesto por el legislador en la regla general sobre la aplicación de ley vigente a la celebración del contrato, para evitar, además, apartarse de la regla particular prevista en la ley 80 - inciso 4° del numeral 5° del artículo 32 - para los negocios fiduciarios celebrados por entidades públicas en vigencia del decreto 222 de 1983, conforme a la cual "los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias".

Así las cosas, entiende hoy la Sala, **que el contrato celebrado entre el Ministerio y la fiduciaria La Previsora S.A., tiene el régimen especial previsto por el legislador de manera expresa en la ley 91 de 1989, que autorizó al Gobierno a celebrar el contrato de fiducia mercantil para el manejo de los recursos del Fondo.**

Queda claro entonces, que el contrato de fiducia mercantil en comento, se rige en especial por la ley 91 y de manera general por el decreto 222 de 1983, el Código de Comercio y el Estatuto Orgánico del Presupuesto, y por lo tanto, no le es aplicable la ley 80 de 1993. (...)" (Resaltado fuera de texto original)

Resulta claro entonces que el contrato celebrado entre el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria la Previsora S.A. para la administración de los recursos de las pensiones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se encuentra vigente y se rige por las disposiciones indicadas en la Ley 91 de 1989 que no son otras que las normas del Código de Comercio aplicables al contrato de fiducia mercantil.

Así entonces, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 1238 del Código de Comercio, el cual señaló que los bienes objeto de la fiducia mercantil no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo.



Demandante: Silvia Diomar Rocha de Rojas
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FOMAG
Expediente: 15001-3333-009-2015-00207-01
Ejecutivo – auto 2ª instancia

De esta manera, el Despacho acoge también la postura adoptada por el Despacho N° 5 de este Tribunal en proveído del pasado 1º de agosto⁴, en la cual además se tuvieron como argumentos para llegar a tal conclusión, los siguientes:

“De manera que no hay duda que el contrato celebrado en el año 1990 entre el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora S.A. es de carácter mercantil, y por lo tanto, se le aplican las normas del Código de Comercio.

*Aunque en calidad de obiter dicta', el 16 de enero de 2017 la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, al fallar la demanda promovida por Hernando de Jesús Rodríguez Alarcón contra Colombiana de Salud S.A.17, **sostuvo que para la fecha se encuentra vigente el contrato de fiducia mercantil protocolizado mediante escritura pública N° 0083 de 21 de junio de 1990.***

En efecto, en el Manual de Contratación del FOMAG, publicado en su página web http://www.fiduprevisora.com.co/documents/2016/Invitacion_publica_2/manual-decontratacion-fomadpde se citó el respectivo contrato de fiducia mercantil como fundamento de la actividad contractual, así:

*“Al respecto, es preciso indicar que en el año 1990 el Presidente de la República y el Ministro de Educación Nacional suscribieron el contrato de Fiducia Mercantil No. 83 con la Fiduprevisora Ltda., cuyo objeto es “Constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante — EL FONDO-, con el fin de que la FIDUCIARIA los administre, **invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el FONDO**, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo.”*

En tal sentido, con ocasión de la celebración del contrato de fiducia mercantil, los recursos del Fondo constituyeron un patrimonio separado según lo consagra el Artículo 1233 del Código de Comercio y, asimismo, se transfirió el derecho de dominio de los recursos fideicometidos a la sociedad fiduciaria que los administra con el fin de cumplir los objetivos a los que se afectó el FOMAG, de acuerdo con lo consagrado en el Artículo 1226 del Código de Comercio.” (Resaltado fuera de texto original).

Entonces, para el Despacho resulta diáfano que la Fiduprevisora S.A., a la fecha, administra recursos para el pago de pensiones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de un contrato mercantil.

*Comoquiera que el artículo 1238 del Código de Comercio, previó que los bienes **objeto de esa clase de negocios fiduciarios no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo**, no es procedente la solicitud de medida cautelar presentada por el apoderado de MARIA MYRIAM GUTIERREZ DE RAMIREZ.*

Entonces, para el Despacho resulta diáfano que la Fiduprevisora S.A., a la fecha, Administra recursos para el pago de pensiones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de un contrato mercantil.”

⁴ Tribunal Administrativo de Boyacá, Despacho N° 5, auto del 1º de agosto de 2018, Rad. N° 15001 3333 014 2014 00200-02, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.



Demandante: Silvia Diomar Rocha de Rojas
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FOMAG
Expediente: 15001-3333-009-2015-00207-01
Ejecutivo – auto 2ª instancia

Así las cosas, como quiera que en virtud de la fiducia mercantil, los bienes objeto del encargo se transfieren al fiduciario, y en consecuencia dejan de ser parte del patrimonio del fideicomitente, debe señalarse que los dineros que integran la cuenta del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que son administrados por la FIDUPREVISORA S.A., en razón del contrato de fiducia mercantil, así como los pertenecientes al rubro de los recursos destinados al pago de sentencias o conciliaciones tienen la calidad de inembargables y no es posible aplicar sobre ellos las excepciones que estableció la jurisprudencia constitucional.

En el presente caso, se tiene que una vez se libró comunicación a diferentes entidades financieras con el fin de verificar si el Fondo de Prestaciones del Magisterio tenía cuentas de ahorros en ellas, los bancos Agrario, Popular, Bancolombia, de Occidente, BBVA, Caja Social, Davivienda, Av Villas y Colpatria respondieron indicando en algunos casos que la demandada no tiene cuentas en los mismos y en otros casos, como el de Davivienda (fl. 37), que bajo el NIT 730.053.105-3 perteneciente al Fideicomiso Patrimonio Autónomo La Previsora S.A., existen cuentas.

Por consiguiente, en lo que respecta a las cuentas existentes a nombre de la Fiduciaria La Previsora, tal como se analizó en precedencia, debe señalarse que no resulta procedente la solicitud de medidas cautelares efectuada por la parte demandante.

Las anteriores constituyen razones suficientes para confirmar el auto del 26 de julio de 2018 objeto de alzada.

V. COSTAS

En materia de costas, el artículo 188 del C.P.A.C.A, acogió el régimen objetivo del Código General del Proceso para su imposición, por lo que debe entenderse que al tenor del artículo 361 de este último, las costas se encuentran integradas por las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho.

Así las cosas, conforme al artículo 365 del C.G.P. en principio, se condenará en costas a la parte que, como en el presente caso, se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

No obstante, el numeral 8º del artículo 365 en mención, señala que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, aspecto que no se encuentra demostrado en el presente asunto.

Por consiguiente, el Despacho se abstendrá de imponer condena en costas dentro de las presentes actuaciones.



Demandante: Silvia Diomar Rocha de Rojas
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FOMAG
Expediente: 15001-3333-009-2015-00207-01
Ejecutivo – auto 2ª instancia

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** el auto de fecha 26 de julio de 2018, proferido por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez en firme este proveído, devuélvanse las presentes diligencias al Juzgado de origen. Déjense las anotaciones que sean del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 157 Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, Hoy 17 SEP 2018 siendo las 8:00 A.M. Secretaria
--