

	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
Cali	Tres (3) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Auto Interlocutorio N° 591

MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO
RADICACIÓN:	76001-33-33-001-2020-0039-00
EJECUTANTE:	JOSÉ LUIS LUENGAS PATIÑO
EJECUTADO:	FOMAG

1. Antecedentes.

Procede el Despacho a decidir sobre la solicitud de medida cautelar¹ formulada por el apoderado judicial del señor JOSÉ LUIS LUENGAS PATIÑO, a través del cual pretende el embargo y retención de los dineros pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y/o Fiduprevisora S.A. depositados en las siguientes cuentas bancarias del Banco BBVA:

- Cuenta Corriente N° 309-013969
- Cuenta Corriente N° 309-041978
- Cuenta Corriente N° 309-044907
- Cuenta Corriente N° 309-044832
- Cuenta de Ahorros N° 299-007328

Además de las cuentas determinadas, la parte ejecutante solicita el embargo y retención de los dineros pertenecientes a la entidad accionada que se encuentren depositados en el Banco Agrario de Colombia, Banco Popular, Banco Av Villas, Banco de Bogotá, Banco Bancolombia, Banco de Occidente, Banco Davivienda, Banco Caja Social, Banco Itaú, Banco Citibank, Banco Colpatria, Banco GNB Sudameris y Banco Finandina.

En segundo término, la parte accionante solicita el embargo de varias cuentas bancarias pertenecientes a la Secretaría de Educación del Distrito de Santiago de Cali.

En contraposición, en el escrito de contestación de la demanda ejecutiva la entidad accionada se opuso a la práctica de medidas cautelares indicando que en aplicación del precedente del Consejo de Estado que avala la aplicación del Código General del Proceso en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, resulta improcedente decretar medidas de embargo sobre los bienes y recursos de propiedad de las entidades públicas financiadas con el presupuesto general de la Nación, como corresponde al caso del el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹ Archivo N° 12 expediente digital.

Para sustentar la anterior afirmación se sostiene que de acuerdo a lo estipulado por el parágrafo del artículo 594 del CGP, los funcionarios judiciales deben abstenerse de decretar medidas cautelares sobre recursos catalogados en la misma norma con la naturaleza de inembargables, tal como ocurre con aportes fiscales y parafiscales y el presupuesto general de la Nación.

Adicionalmente, se afirma que aunque en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional como las sentencias C – 546 de 1994, C - 103 de 1994, C - 566 de 2003, C - 1154 de 2008, C- 539 de 2010, C - 26 de 2013 y C - 543 de 2013 se reconocieron excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos públicos, éstos precedentes no resultan aplicables en la actualidad toda vez que se profirieron antes de la entrada en vigencia del artículo 594 del CGP y por ende no tienen en cuenta el desarrollo normativo que se implementó frente a dicho principio con posterioridad a la expedición de la ley 1564 de 2012.

En consecuencia, la entidad ejecutada considera que el principio de inembargabilidad de los recursos públicos cuenta actualmente con un desarrollo legal que consagra su carácter “*absoluto*” debido a que el artículo 594 del CGP consagra un listado de bienes a los cuales les confiere el estatus de “*inembargables*” sin llegar a establecer excepciones o la posibilidad que existan bienes que se puedan afectar por medidas cautelares de embargo.

Adicionalmente, se advierte que la naturaleza jurídica de los recursos que financian el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que son administrados a través de un contrato de fiducia por para parte de la Fiduprevisora S.A., impide que se impongan medidas de embargo en su contra en razón a la prohibición consagrada en el artículo 1235 del Código de Comercio.

En efecto, el numeral 3 de la norma referenciada consagra como un derecho de los beneficiarios del contrato de fiducia oponerse “*a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia o por obligaciones que no los afectan*”.

Finalmente, con la contestación de la demanda se aportó copia del oficio proferido por la oficina jurídica del Ministerio de Educación Nacional en el que se solicita el desembargo de los recursos depositadas las cuentas N° 31000257-1 y N° 31000256-3 del Banco BBVA situación que resulta ajena al presente proceso en el cual hasta la fecha no se han proferido medidas cautelares.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Improcedencia de las medidas cautelares solicitadas frete al Distrito de Santiago de Cali - Secretaría de Educación.

La solicitud de embargo formulada por la parte ejecutante en contra del Distrito de Santiago de Cali resulta improcedente por las razones que se exponen a continuación:

En el presente caso, el título de ejecución se fundamenta en la sentencia de primera instancia N° 047 el 29 de febrero de 2016 y en la sentencia de segunda instancia N° 022 del 31 de enero de 2017 proferidas por este Despacho y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso identificado con el N° 76001-33-33-001-2014-00398-00 en las cuales se profirió condena en contra del FOMAG en los siguientes términos:

(...) CUARTO: como consecuencia de lo anterior, ORDENASE al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Santiago de Cali que reliquide la pensión de jubilación del señor JOSÉ LUIS LUENGAS PATIÑO identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.610.797 de Cali, a partir del 20 de Agosto de 2012, teniendo en cuenta todos los valores devengados durante el último año de servicios, esto es entre el 21 de Agosto de 2011 al 20 de Agosto de 2012, según certificación que obra a folios 13 y 14 del expediente y que son la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones docentes y las horas extras. La liquidación de la prima de navidad y la prima de vacaciones deben de corresponder a las 1/12.

QUINTO: ORDENASE al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar las diferencias entre la pensión reconocida y la que tiene derecho el accionante desde el 20 de agosto de 2012, hasta la fecha en la que se practique la correspondiente liquidación, teniendo en cuenta los reajustes de ley.

SÉPTIMO (sic): ORDENASE al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio que efectúe los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.
(...)

En este contexto, se tiene que la condena impuesta en el proceso ordinario se profirió en contra del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como entidad encargada del pago de las prestaciones sociales de los docentes y no frente al Distrito de Santiago de Cali.

Aunque es conocido que en virtud de la delegación de funciones concedida por la ley 715 de 2001 las Secretarías de Educación de las entidades territoriales intervienen en el trámite del reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes, resulta improcedente utilizar dicha situación legal para solicitar el embargo de los recursos del Distrito de Santiago de Cali, máxime si se tiene en cuenta que en las sentencias que sirven como título de ejecución esta entidad no fue condenada al pago de ninguna suma de dinero a favor de la parte ejecutante y en consecuencia no fue destinataria de la orden de mandamiento de pago proferida en el presente proceso ejecutivo.

2.2. Procedencia de la medida cautelar de embargo frente a recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.2.1. Precedente Judicial estructurado en torno al principio de inembargabilidad y sus excepciones.

Por regla general, la medida cautelar de embargo y retención de recursos asignados a entidades públicas se encuentra limitada por el principio de inembargabilidad.

Dicho principio, consagrado en los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, ha sido desarrollado por varias normas y no solo cubre rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación (artículo 12 del Estatuto Orgánico del Presupuesto), sino que también resguarda los recursos que hacen parte del Sistema General de Participaciones (artículo 21 Decreto Ley N° 028 de 2008 y los artículos 18 y 91 Ley 715 de 2001), del Sistema General de Regalías (artículo 70 Ley 1530 de 2012) e incluso el artículo 594 del CGP desarrolla un listado de bienes y rentas inembargables, algunos de los cuales aplican a las entidades públicas.

Sin embargo, esta prohibición no opera de forma absoluta cuando se trata de procesos encaminados al pago de acreencias contenidas en sentencias judiciales

en firme tal y como lo ha señalado el precedente de la Corte Constitucional el cual ha sido reconocido como vinculante por el Consejo de Estado en los procesos ejecutivos adelantados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En efecto, a partir de la sentencia C - 546 de 1992 la Corte Constitucional señaló que los actos administrativos que contengan obligaciones laborales, deben contar con la misma garantía que las sentencias judiciales, esto es, de prestar mérito ejecutivo y ser susceptibles de medidas de embargo.

En la sentencia C - 354 de 1997, al analizar la constitucionalidad de artículo 19 del Decreto 111 de 1996 (inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación) se ponderó la tensión existente entre el principio de libertad de configuración que posee el legislador para determinar cuáles son los bienes inembargables que no constituyen prenda de garantía para los acreedores, frente a los principios constitucionales de dignidad humana, la vigencia y efectividad de los derechos constitucionales y el acceso a la administración de justicia, que no pueden ser desconocidos por el Estado:

(...) El principio de inembargabilidad general que consagra la norma resulta ajustado a la Constitución, por consultar su reiterada jurisprudencia. No obstante, es necesario hacer las siguientes precisiones: La Corte entiende la norma acusada, con el alcance de que si bien la regla general es la inembargabilidad, ella sufre excepciones cuando se trate de sentencias judiciales, con miras a garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos a las personas en dichas sentencias. Los funcionarios competentes deben adoptar las medidas que conduzcan al pago de dichas sentencias dentro de los plazos establecidos en las leyes, siendo posible la ejecución diez y ocho meses después de la ejecutoria de la respectiva sentencia. No existe una justificación objetiva y razonable para que únicamente se puedan satisfacer los títulos que constan en una sentencia y no los demás que provienen del Estado deudor y que configuran una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Tanto valor tiene el crédito que se reconoce en una sentencia como el que crea el propio Estado a través de los modos o formas de actuación administrativa que regula la ley. Los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar, los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos. (...)

En la sentencia C -1154 de 2008 se reiteró que el legislador ha adoptado como regla general la inembargabilidad de los recursos públicos consagrados en el Presupuesto General de la Nación, pero ante la necesidad de armonizar esa cláusula con los demás principios y derechos reconocidos en la Constitución el Alto Tribunal consolidó el precedente estructurado hasta ese momento fijando como reglas de excepción al principio bajo análisis los casos en que se busca (i) el pago de créditos u obligaciones de origen laboral, (ii) el cumplimiento de sentencias judiciales, con el propósito garantizar la seguridad jurídica y el respeto a los derechos reconocidos en dichas providencias y (iii) el pago títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible, en los siguientes términos:

(...) 4.3.- En este panorama, el Legislador ha adoptado como regla general la inembargabilidad de los recursos públicos consagrados en el Presupuesto General de la Nación. Pero ante la necesidad de armonizar esa cláusula con los demás principios y derechos reconocidos en la Constitución, la jurisprudencia ha fijado algunas reglas de excepción, pues no puede perderse de vista que el postulado de la prevalencia del interés general también comprende el deber de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada.

4.3.1.- La primera excepción tiene que ver con la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. Al respecto, en la Sentencia C - 546 de 1992, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 16 de la Ley 38 de 1989 (inembargabilidad de rentas y recursos del Presupuesto General de la Nación), en el entendido de que en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo (...)

(...) 4.3.2.- La segunda regla de excepción tiene que ver con el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias. Así fue declarado desde la Sentencia C-354 de 1997, donde la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 19 del Decreto 111 de 1996 (inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación), bajo el entendido de que los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar, los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos (...)

4.3.3.- Finalmente, la tercera excepción a la cláusula de inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación, se origina en los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible. (...)

En la sentencia C - 543 de 2013 se ratificó la línea jurisprudencial estructurada sobre el principio de inembargabilidad y sus excepciones bajo las siguientes consideraciones:

(...) Sin embargo, contempló excepciones a la regla general para armonizar el principio de inembargabilidad de recursos público con otros principios, valores y derechos constitucionales, entre los que se encuentran, la dignidad humana, la vigencia de un orden justo y el derecho al trabajo. Éstas son:

(I) Satisfacción de crédito u obligaciones de origen laboral con el fin de hacer efectivo el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.

(II) Pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y la realización de los derechos en ellas contenidos.

(III) Títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara expresa y exigible

(IV) Las anteriores son aplicables respecto de los recursos de SGP, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tuvieran como fuente alguna de las actividades de las cuales estaba destinados dichos recursos (educación, salud, agua potable y saneamiento básico) (...)

El precedente Constitucional expuesto ha sido reconocido por el Consejo de Estado y aplicado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo como consecuencia de varias acciones de tutela promovidas por las partes accionantes dentro de procesos ejecutivos en los que se han negado medidas cautelares de embargo aplicando de forma absoluta el principio de inembargabilidad.

En sentencia de 17 de septiembre de 2020², la Sección Cuarta del Consejo de Estado reconoció la vigencia del precedente Constitucional sobre medidas cautelares y el principio de inembargabilidad en procesos ejecutivos ante esta jurisdicción:

² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ (E) Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020) Radicación número: 11001-03-15-000-2020-00510-01(AC)

(...) 4.2. Para resolver el problema jurídico planteado, es importante recordar que el principio de inembargabilidad de los recursos públicos ha sido morigerado por jurisprudencia constitucional constante, consistente y pacífica.

La Corte Constitucional ha señalado que la prevalencia del interés general, que sustenta el postulado de la inembargabilidad de recursos públicos, «*también comprende el deber de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada*». Por tanto, ha sostenido que el principio de inembargabilidad no es absoluto, razón por la cual estableció las *excepciones* que operan en caso de que se pretenda imponer medida cautelar frente a los recursos del presupuesto general de la Nación y del Sistema General de Participaciones³.

En lo que atañe a al presupuesto general de la Nación, el precedente constitucional está determinado por las sentencias C-546 de 1992⁴, C-103 de 1994⁵, C-354 de 1997⁶, C-1154 de 2008⁷ y C-543 de 2013⁸, de las que deriva que la aplicación del principio de inembargabilidad se exceptúa cuando la reclamación involucra: **(i) la satisfacción de créditos u obligaciones de origen laboral; (ii) el pago de sentencias judiciales;** y (iii) el pago de títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible.

En lo que respecta a la inembargabilidad de las cuentas relacionadas con rubros del Sistema General de Participaciones, en las sentencias C-566 de 2003⁹, C-1154 de 2008 y C-539 de 2010, se advirtió que se exceptúa la inembargabilidad de estos recursos únicamente en caso de créditos laborales judicialmente reconocidos. (...) Negrilla y Resaltado en el texto original.

En sentencia de 25 de marzo de 2021¹⁰, la Sección Quinta del Consejo de Estado reiteró la vigencia de las reglas de excepción estructuradas por el precedente de la Corte Constitucional destacando su aplicabilidad aún en vigencia del artículo 594 del CGP:

(...) 97. Las circunstancias excepcionales referidas mantienen plena vigencia con respecto la regla general de la inembargabilidad de recursos del Presupuesto General de la Nación aun con la existencia en el ordenamiento del artículo 594 del Código General del Proceso, el cual debe interpretarse con los parámetros establecidos por la Corte, pues únicamente así es dable garantizar los principios y valores contenidos en la Carta, exigiéndose sí que se haya agotado, sin éxito, el plazo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el cumplimiento de las obligaciones del Estado, lo cual ocurrió en el caso concreto y, adicionalmente, el proceso ejecutivo ha sido ineficaz para lograr el pago efectivo de la obligación, causándose intereses moratorios.

³ Corte Constitucional, sentencias C-566 del 15 de julio de 2003 y C-1154 del 26 de noviembre de 2008.

⁴ Con ponencia de los magistrados Ciro Angarita y Alejandro Martínez

⁵ Con ponencia del magistrado Jorge Arango Mejía.

⁶ Con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell.

⁷ Con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas.

⁸ Con ponencia de Jorge Ignacio Pretelt. Aunque en esta sentencia la Corte Constitucional se declaró inhibida para conocer sobre la exequibilidad del artículo 594 del CPG; lo cierto es que la providencia resulta ilustrativa para resolver el caso concreto, porque en ella se reiteró la vigencia de la línea jurisprudencial asumida por el Tribunal Constitucional frente a las excepciones del principio de inembargabilidad de los recursos del Estado.

⁹ Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 20001-23-33-000-2020-00484-01(AC)

98. Sin embargo, en los casos de pagos de sentencias judiciales el juez debe decretar inicialmente el embargo sobre las cuentas destinadas al pago de conciliaciones y sentencias judiciales y de las cuentas de libre destinación y si tales recursos no son suficientes para cubrir el monto de la acreencia deberá decretar el embargo de las que tengan destinación específica, para garantizar el real y efectivo acceso a la administración de justicia.

99. De la ratio de las sentencias de constitucionalidad que han precisado las excepciones a la regla general de inembargabilidad, resulta forzoso concluir que el artículo 594 del Código General del Proceso debe interpretarse teniéndolas en cuenta, esto es, incluyéndolas a la hora de darle alcance en el caso concreto, a efectos de hacer efectivos derechos y principios de raigambre fundamental, respecto de los cuales la aplicación de la prohibición de embargar recursos del Presupuesto General de la Nación, los tornaría nugatorios.

100. Lo anterior, por cuanto si la entidad solamente tiene cuentas en las que maneje recursos de naturaleza inembargable, ello llevaría implícita la imposibilidad de cobrar la acreencia y la sentencia judicial que condenó al Estado caería en el vacío o quedaría al arbitrio de la entidad si la paga o no. (...)

Finalmente, en providencia de 11 de octubre de 2021¹¹, la Sección Tercera del Consejo de Estado ratificó la vigencia las reglas de excepción bajo análisis en los siguientes términos:

(...) 23. En esa misma línea y con apoyo en múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta Corporación ha sostenido que la excepción a la inembargabilidad de los recursos públicos se presenta cuando lo que se reclama tiene que ver con: (i) la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas ; (ii) el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias ; y, (iii) la ejecución de una obligación clara, expresa y exigible contenida en un título emanado del Estado (...)

Ahora bien, frente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la posibilidad de decretar el embargo de los recursos pertenecientes a esta cuenta, la Sección Primera del Consejo de Estado se pronunció en sentencia de 21 de junio de 2018¹² estructurando los siguientes parámetros que resultan aplicables al caso concreto:

(...) En tal virtud y en vista de que se cumplieron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, le corresponde a la Sala determinar si ¿los recursos del FOMAG, administrados por la Fiduprevisora, son embargables? (...)

(...) La Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 2013, se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo frente a la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el parágrafo 2° del artículo 195 del CPACA y los numerales 1, 4, y el parágrafo del artículo 594 del CGP (entre otros), aduciendo las siguientes consideraciones: (...)

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ Bogotá, D.C., once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00832-01(66527).

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 17001-23-33-000-2018-00163-01(AC).

(...) De igual forma, la Sala observó que en reiterados apartes de dicha sentencia la Corte insistió en que el parágrafo 2 del artículo 195 del CPACA y los numerales 1, 4 y el parágrafo del artículo 594 del CGP, deben ser interpretados a la luz de la reiterada jurisprudencia de esa Corporación relacionada con el principio de inembargabilidad y las excepciones al mismo. Lo anterior puede advertirse en los siguientes párrafos: (...)

(...) Agregado a lo anterior, puede observarse que las excepciones consagradas al principio de inembargabilidad de los recursos y bienes públicos frente al pago de sentencias condenatorias y conciliaciones siempre ha operado una vez ha transcurrido un determinado plazo para hacer exigibles estas obligaciones, luego de su ejecutoria, ante la administración, esto es, no ha operado como una medida cautelar previa a la presentación de la demanda contra la Nación o las entidades estatales, circunstancia que tampoco evidencia el demandante para explicar por qué este evento es diferente y no le son aplicables las subreglas fijadas por la Corte en este respecto. (...) Negrilla, cursiva y subrayado por el Consejo de Estado.

(...) De lo anterior resulta claro para la Sala que el principio de inembargabilidad de los recursos públicos siempre ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico, pues la Corte Constitucional no lo ha expulsado, sino que, por el contrario, ha encontrado justificada dicha prohibición pero siempre condicionada a las excepciones previstas en su jurisprudencia que sigue vigente y enteramente aplicable. Asimismo, se destaca que aunque la Corte se hubiese declarado inhibida para pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad del parágrafo 2 del artículo 195 del CPACA y los numerales 1, 4 y el parágrafo del artículo 594 del CGP, los cuales introducen nuevamente la regla de inembargabilidad, dejó claro que la interpretación de dicha normativa debía efectuarse a la luz de su jurisprudencia reiterada, pacífica y uniforme sobre el asunto en cuestión. (...) Negrilla y subrayado por el Consejo de Estado.

(...) De conformidad con lo analizado en el acápite anterior, la Sala considera que el Juzgado accionado, al denegar el embargo de los dineros concentrados en el patrimonio autónomo constituido por la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG para atender las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo, el cual es administrado por la Fiduprevisora en virtud de un contrato de fiducia mercantil, desconoció el precedente jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional, según el cual, cuando se persiga el pago de créditos de índole laboral o aquellos contenidos en sentencias judiciales, es procedente decretar la medida cautelar de embargo de recursos públicos, siempre y cuando la entidad pública deudora no haya adoptado las medidas establecidas en los artículos 192 del CPACA o 177 del CCA, según el caso, para efectos de cumplir con el pago respectivo. (...)

(...) La Sala advierte que el Juzgado accionado no tuvo en consideración que los recursos que en otrora fueron propiedad de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, que fueron transferidos a un patrimonio autónomo y que es administrado por una fiduciaria en virtud de un contrato de fiducia mercantil, al tenor de los artículos 1226 ; 1227 ; 1233 ; 1234, numerales 1º, 3º y 7º y 1235 del Código de Comercio, deben cumplir la finalidad contemplada en el acto constitutivo del negocio.

Bajo ese entendido, la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es clara en indicar que dicho fondo tiene por objetivo principal atender las prestaciones sociales de los docentes afiliados al mismo. Luego entonces, mal obró el Juzgado accionado al limitarse a aducir, para negar la medida cautelar de embargo, que al tenor de los artículos 1233 y 1238 del Código de Comercio, los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio autónomo y que por esa simple razón no son propiedad del fiduciante y, en consecuencia, no están afectos a la persecución de los acreedores del fiduciante.

Dicha interpretación no solamente desconoce las disposiciones referidas del Código de Comercio y las contenidas en la Ley 91, así como las pruebas relativas a la condición de pensionado como docente nacionalizado del actor, las cuales fueron valoradas por los jueces de instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, sino que, además, implica el franco desconocimiento de sus derechos fundamentales, toda vez que, en este caso, el embargo tiene como propósito que se haga efectivo el pago de una prestación de carácter laboral, reconocida en una providencia judicial a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Magisterio.

En otras palabras, la sentencia mediante la cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo le reconoció al actor un derecho pecuniario de carácter laboral, es un documento que, de conformidad con la ley, constituye un título ejecutivo - , es decir, que habilita a su beneficiario a exigir vía judicial, mediante un proceso ejecutivo, el cumplimiento de la obligación, clara, expresa y exigible que el mismo contiene. El mecanismo esencial del proceso ejecutivo para obtener el pago efectivo de la obligación de dar suma de dinero, es la medida cautelar de embargo de los recursos propiedad del deudor –FOMAG-, los cuales, como quedó expuesto en este caso, son de orden público y, en principio, inembargables.

No obstante, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, para asegurar la realización de otros pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, como la dignidad humana y el mínimo vital, se ha habilitado a los operadores judiciales proceder a decretar el embargo de recursos públicos, en tanto que con ello se pretenda satisfacer créditos de índole laboral o aquellos contenidos en sentencias judiciales .

La Sala reitera que, en el presente caso, dichos condicionamientos se encuentran reunidos, motivo por el cual no existe una razón suficiente en cuya virtud se justifique denegar la solicitud de embargo de los recursos propiedad del FOMAG, máxime cuando también está demostrado que el crédito del actor, de conformidad con la ley, es una de las prestaciones para las cuales se deben destinar sus recursos. Además, visto el transcurrir del proceso ejecutivo, en ningún momento la entidad ejecutada propuso algún cuestionamiento alrededor del título ejecutivo presentado por el actor, el cual constituye presupuesto sine qua non para iniciar la ejecución correspondiente.

Siendo ello así, la Sala considera que los dineros del FOMAG, al ser públicos, debe darse cabal aplicación a la jurisprudencia reiterada y uniforme de la Corte Constitucional en cuanto a las excepciones del principio de inembargabilidad de recursos públicos. (...)

Del precedente jurisprudencial objeto de análisis se desprenden las siguientes las siguientes subreglas de interpretación que resultan aplicables y vinculantes para el caso concreto:

- El principio de inembargabilidad de los recursos públicos consagrado en los artículos 63 y 72 de la Constitución Política no es de carácter absoluto. Por esta razón, la Corte Constitucional ha armonizado su alcance con otros principios y valores de carácter constitucional como la dignidad humana, la vigencia de un orden justo y la tutela judicial efectiva.
- En desarrollo de dicha labor de armonización el precedente Constitucional ha desarrollado una serie de reglas de excepción en virtud de las cuales es procedente obtener el embargo de recursos en principio reconocidos como inembargables en preceptos legales.
- Las reglas de excepción desarrolladas por el precedente Constitucional son aplicables en la actualidad a pesar de la entrada en vigencia del artículo 594 del CGP y del artículo 195 del CPACA.
- El pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias constituye uno de los eventos de excepción en los que resulta procedente obtener el embargo de bienes reconocidos legalmente como inembargables, como el caso de los consagrados en el Presupuesto General de la Nación.
- Resulta procedente decretar el embargo de recursos pertenecientes FOMAG derivados del Presupuesto General de la Nación para obtener el pago de sentencias judiciales proferidas a favor de los docentes afiliados.

- Dado que en estos eventos la medida de embargo tiene como objetivo el cumplimiento de obligaciones que favorecen a docentes que tienen la condición de afiliados FOMAG no resulta procedente dar aplicación a las normas de inembargabilidad consagradas en el artículo 1235 del Código de Comercio para el contrato de fiducia.

- Para el cumplimiento de las sentencias judiciales en las que se imponen obligaciones a cargo de FOMAG es jurídicamente viable decretar medidas de embargo sobre recursos destinados al cumplimiento sentencias condenatorias y conciliaciones, toda vez que el artículo 195 del CPACA debe interpretarse conforme a las reglas de excepción desarrolladas por el precedente Constitucional.

2.2.2. Caso concreto.

Conforme los parámetros expuestos, la medida de embargo y retención de dineros solicitada por la parte ejecutante resulta procedente, en cuanto se enmarca dentro de los eventos de excepción al principio de inembargabilidad de recursos públicos señalados por la ley y la jurisprudencia nacional, amén que la obligación reclamada se contiene en una sentencia judicial, constituyéndose en un crédito judicialmente reconocido.

Adicionalmente, es claro que dicha obligación cuenta con arraigo laboral puesto que forma parte de la condena impuesta en la sentencia que ordenó el reajuste de la mesada pensional del docente JOSÉ LUIS LUENGAS PATIÑO teniendo en cuenta todos los valores devengados durante el último año de servicios, esto es entre el 21 de Agosto de 2011 al 20 de Agosto de 2012, reliquidación que ha sido reconocida por la jurisprudencia como parte integral de la prestación pensional original, razón por la cual comparte su misma naturaleza.

En este contexto, se considera que las razones expuestas son suficientes para cumplir con la carga argumentativa exigida en el párrafo del artículo 594 del GCP para decretar la medida de embargo sobre recursos que sirven como fuente de financiación del FOMAG toda vez que la orden se fundamenta en el cumplimiento de precedentes judiciales vigentes y vinculantes proferidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que avalan la aplicación de una regla de excepción para el caso concreto.

No obstante, también se debe tener en cuenta que la excepción al principio de inembargabilidad no implica la atribución de prerrogativas ilimitadas a la hora de decretar el embargo y retención de recursos públicos.

En este sentido, el Despacho comparte decisiones proferidas por otras autoridades de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como el Tribunal Administrativo de Boyacá¹³ que ha puntualizado algunas condiciones que se deben cumplir para imponer medidas cautelares en aplicación de las reglas de excepción del principio de inembargabilidad:

(...) Finalmente, el a quo deberá tener especial cuidado en (i) no decretar la misma cautela de manera simultánea frente a varias instituciones bancarias, ya que con ello podría multiplicar los recursos embargados y, de contera, generar una afectación patrimonial injustificada a la entidad ejecutada, (ii) cumplir con la carga argumentativa exigida en el párrafo del artículo 594 del GCP para que la orden tenga efectividad inmediata, y (iii) asegurarse de que se trata de cuentas a nombre de la entidad ejecutada (...)

¹³ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4 Auto de 18 de junio de 2018, Radicado N° 150013333014201600038-02.

Conforme a los anteriores parámetros, se debe precisar que la orden de embargo que se decreta en la presente providencia **no recae** sobre recursos propios pertenecientes a la FIDUPREVISORA S.A. y que no integran el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la FIDUPREVISORA S.A., solo administra los recursos del FOMAG, en virtud del contrato de fiducia mercantil celebrado con el Ministerio de Educación Nacional el cual fue protocolizado mediante Escritura Pública N° 83 del 21 de junio de 1990 y el otro sí firmado el 22 de junio de 2017.

En segundo término, con el propósito de evitar una multiplicidad de los recursos embargados, la medida no se decretará de forma simultánea frente a varias instituciones financieras y únicamente se dirigirá a los dineros pertenecientes al FOMAG depositados en cuentas bancarias del banco BBVA.

Para hacer efectiva la medida, el Banco BBVA deberá tener en cuenta el siguiente orden: embargará primero las cuentas con recursos destinados al pago de sentencias y conciliaciones judiciales; si llegaren a ser insuficientes, procederá con las cuentas de ingresos corrientes de libre destinación o de propósito general; y por último, de resultar necesario, embargará las cuentas con dineros destinados al pago de pensiones. Ahora bien, si la entidad ejecutada no discriminó la naturaleza de los recursos contenidos en dichas cuentas, procederá el embargo sobre las cuentas existentes.

En conclusión, se desestimarán los argumentos planteados por la entidad ejecutada y en su lugar, considerando la suma por la cual se ordenó librar mandamiento de pago se accederá a la solicitud de embargo y retención de los dineros pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG en cuentas abiertas a su nombre en el Banco BBVA.

En cumplimiento de lo señalado por el numeral 10 del artículo 593 del CGP¹⁴, se limitará el embargo hasta la suma de noventa y nueve millones doscientos cincuenta y tres mil ochenta y seis pesos (\$ 99.253.086) equivalentes al valor del crédito más un cincuenta por ciento (50%).

Una vez se conozca el resultado de la presente orden, el Juzgado se manifestará sobre el embargo de los otros servicios financieros solicitados por la ejecutante.

En consecuencia, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECRETAR el embargo y retención de los dineros pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG administrados por la FIDUPREVISORA S. A. en cuentas bancarias del Banco BBVA. La medida se limita hasta la suma de noventa y nueve millones doscientos cincuenta y tres mil ochenta y seis pesos (\$ 99.253.086).

¹⁴ 10. El de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, se comunicará a la correspondiente entidad como lo dispone el inciso primero del numeral 4, debiéndose señalar la cuantía máxima de la medida, que no podrá exceder del valor del crédito y las costas más un cincuenta por ciento (50%). Aquellos deberán constituir certificado del depósito y ponerlo a disposición del juez dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación; con la recepción del oficio queda consumado el embargo.

SEGUNDO: Para la efectividad de la medida se oficiará al Banco BBVA para que se sirva retener los dineros y ponerlos a disposición del Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali, depositándolos en la cuenta de depósitos judiciales N° 760012045001 del Banco Agrario, hasta el límite de la suma de noventa y nueve millones doscientos cincuenta y tres mil ochenta y seis pesos (\$ 99.253.086) equivalentes al valor del crédito más un cincuenta por ciento (50%) de conformidad con lo previsto en artículo 593 del CGP.

TERCERO: Para hacer efectiva la medida, el Banco BBVA deberá tener en cuenta el siguiente orden: embargará primero las cuentas con recursos destinados al pago de sentencias y conciliaciones judiciales; si llegaren a ser insuficientes, procederá con las cuentas de ingresos corrientes de libre destinación o de propósito general; y por último, de resultar necesario, embargará las cuentas con dineros destinados al pago de pensiones. En el evento en la entidad ejecutada no haya discriminado la naturaleza de los recursos depositados en el Banco BBVA, procederá el embargo sobre las cuentas existentes.

CUARTO: Una vez en firme la presente providencia, la Secretaría de Despacho remitirá el oficio correspondiente en el cual se advertirá al Banco BBVA que no debe abstenerse de dar trámite a la medida cautelar alegando solamente la inembargabilidad de los recursos, toda vez que la orden se fundamenta en una de las reglas excepción formuladas por el precedente de la Corte Constitucional correspondiente al pago de una sentencia judicial. Con el propósito de agotar la carga argumentativa de que trata el parágrafo del artículo 594 del CGP se adjuntará copia de la presente providencia.

Adicionalmente, en la comunicación se advertirá a la entidad financiera sobre los siguientes aspectos:

- a) Una vez ejecutada la orden de embargo deberán constituir certificado del depósito y ponerlo a disposición de este juzgado dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación.
- b) Deberán informar a este Despacho la clase de recursos embargados.
- c) Con la recepción del oficio que informa del decreto de la medida cautelar queda consumado el embargo.

QUINTO: De conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la ley 2080 de 2021, se ADVIERTE A LOS SUJETOS PROCESALES del presente asunto que deben enviar un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones que realicen en el curso del proceso, a los canales digitales o correos electrónico de los demás sujetos procesales, simultáneamente con copia incorporada al mensaje de datos enviado a este Despacho judicial a través del correo de recepción de memoriales de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos: of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

SEXTO: Este juzgado acatando el deber consagrado el artículo 46 de la ley 2080 de 2021, comunica los canales digitales del despacho y su Oficina de Apoyo, de la siguiente manera:

- ✓ **Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali:**
Correo electrónico: adm01cali@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: (2) 8962433
- ✓ **Ministerio Público – Procuraduría Judicial 57**
Correo electrónico: procjudadm57@procuraduria.gov.co
mecaicedo@procuraduria.gov.co

- ✓ **Radicación de procesos ordinarios:**
repartoadtivoscali@cendoj.ramajudicial.gov.co
- ✓ **Radicación memoriales:**
of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co
- ✓ **Radicación de tutelas y habeas corpus:** URL
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/TutelaEnLinea>
- ✓

Las líneas telefónicas de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Cali son: **Teléfonos:** (2) 896-24-12
(2) 896-24-11

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
JUEZ**

MAT.

Firmado Por:

**Paola Andrea Gartner Henao
Juez
Juzgado Administrativo
Oral 001
Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

6d3cab87756e1d0fced24e7c38552956371c11b0cb6a9a4342c055a417651153

Documento generado en 03/12/2021 01:45:21 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>