

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
CUNDINAMARCA  
Sala Civil – Familia

Magistrado Sustanciador:  
Germán Octavio Rodríguez Velásquez

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de  
dos mil veinticuatro (2024).

Ref: Exp. 25875-31-03-001-2023-00005-01.

Pasa a decidirse el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de 9 de agosto último dictado por el juzgado civil del circuito de Villeta dentro del proceso ejecutivo que Pedro Nel Mora Piñeros adelanta contra Juan Manuel Mariño Salgado y Jhon William Osorio León, teniendo en cuenta los siguientes,

I.- Antecedentes

Al formular la demanda, en que el actor solicitó librar mandamiento de pago a su favor y en contra de los demandados por la suma de \$390'000.000, correspondiente al capital del pagaré 77953434 suscrito por los demandados el 26 de agosto de 2018, más los intereses moratorios causados desde el 26 de agosto de 2020 y hasta que se verifique el pago, pidió también el demandante, entre otras medidas, decretar el embargo y secuestro del derecho de cuota del 16.66% que tiene el demandado Osorio León en el inmueble 156-6280.

Por auto de 5 de mayo de 2023, el juzgado libró mandamiento de pago a favor del ejecutante según la forma y términos solicitados en la demanda y requirió al ejecutante para que aportara el certificado de tradición y libertad de ese bien; mas, habiéndose aportado éste, mediante el proveído apelado, denegó la medida cautelar solicitada, considerando que si mediante escritura 1502 de 3 de diciembre de 2022 de

la notaría única de Villeta, se constituyó sobre la cuota parte del demandado un fideicomiso civil, mientras éste se encuentre vigente la propiedad se considera en cabeza del fiduciario y no del constituyente, por lo que no es posible afectarlo con una medida cautelar, desde que ello sólo es posible cuando la propiedad retorne al patrimonio del deudor por nulidad del acto jurídico, por voluntad de las partes o por confundirse la calidad de constituyente y fideicomisario, lo que no es del caso.

Contra esa decisión, formuló el ejecutante recurso de reposición y, subsidiariamente, de apelación; frustráneo el primero, se le concedió el segundo en el efecto devolutivo, el cual, debidamente aparejado, se apresta el Tribunal a desatar.

## II. El recurso de apelación

Lo despliega sobre la idea de que la constitución de la fiducia no implica la transferencia del dominio; es apenas un gravamen que lo limita, de modo que el constituyente sigue siendo el titular hasta tanto se cumpla la condición y éste sea transferido al fideicomisario o beneficiario, como en efecto se constata en la escritura 1502 de 3 de diciembre de 2022, donde se dejó constancia de que la transferencia es a título precario a favor de los hijos del demandado, a quienes deberá ser transferido al deceso de aquél; además, tiene derecho a perseguir los bienes del demandado para que éste honre su obligación de pago y el fideicomiso no puede aceptarse como una figura para proteger sus bienes en perjuicio de sus acreedores bajo una condición futura.

### Consideraciones

Ciertamente, las medidas cautelares “*están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una*

*situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado” (Sent. C-054 de 1997).*

Es por ello que el artículo 599 del código general del proceso autoriza al demandante en los procesos ejecutivos a “*solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado*” desde la presentación de la demanda, medidas que tienen su razón de ser en la certidumbre que representan para los acreedores en el propósito de garantizar el pago de la obligación, que es, en últimas, la finalidad del proceso ejecutivo; de ahí que la regla general sea la embargabilidad de los bienes del deudor, la cual, justamente por ello, admite ciertas excepciones que le impiden acceder a ellas, como acontece, según el artículo 63 de la Carta Política, con los “*bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables*”, prerrogativa de la que según el numeral 8º del precepto 1677 del código civil, goza la “*propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente*”.

La fiducia, según la doctrina autorizada, ha sido entendida como “*el acuerdo de voluntades por medio del cual una persona transfiere a otra uno o más bienes especificados, con la obligación, por parte de ésta, de administrarlos o de enajenarlos para cumplir una determinada finalidad impuesta por el constituyente, en su propio provecho o de un tercer beneficiario*”, cuyas partes son: el “*fiduciante o fideicomitente y el fiduciario*” y, por último, el “*fideicomisario o beneficio, cuando es persona distinta del constituyente*” (Bonivento Fernández, José Alejandro; Los Principales Contratos Civiles y Comerciales; Tomo II; Octava Edición; Librería Ediciones del Profesional Ltda.; pág. 287), lo que sugiere que esa inembargabilidad a que alude el precepto 1677 citado “*fue concebida para evitar*

*que se confundan en el patrimonio del fiduciario los bienes que el fiduciante le confió” y “que los acreedores del propietario fiduciario pudieran usar esos activos (transferidos bajo condición resolutoria y, al tiempo, suspensiva) como prenda de garantía de sus acreencias, generando un injustificado desequilibrio patrimonial entre fiduciante y fiduciario, y afectando indebidamente las expectativas legítimas del fideicomisario”, esto es, que la “inembargabilidad tantas veces referida no se dispuso respecto de la propiedad fiduciaria, como concepto abstracto, sino frente a los bienes «que el deudor posee fiduciariamente», esto es, aquellos en los que la relación jurídica entre un activo y el titular de derechos reales solo puede explicarse a partir de un negocio fiduciario; únicamente en ese evento la restricción sería útil y armónica con los postulados del derecho privado” (Cas. Civ. Sent. de exp. STC13069-2019).*

Lo que llama a preguntarse, entonces, si esa restricción se da también cuando se persigue al fiduciante; y frente a ello, lo que ha dicho la jurisprudencia es que “*esa inembargabilidad*” no se predica “*en un puntual evento: si fiduciante y fiduciario son la misma persona, que es lo que ocurre, a voces del artículo 807 del estatuto sustantivo civil, «cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición», casos en los cuales, se insiste «gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere (...)»*”, de modo que si en el presente caso, al constituirse la fiducia, sí existió una participación tripartita, vale decir, de Jhon William Osorio León como fiduciante, Olga Lucía Osorio León como fiduciaria, y Jhon Sebastián y María José Osorio Morales como beneficiarios, lo que debe comprenderse es que con la constitución de éste “*le hizo la traslación del dominio sobre el bien a un fiduciario, con cargo a restituir el bien a un tercero beneficiario o fideicomisario*” (sentencia citada) y, por ende, no viene

posible la cautela de ese bien que ya no es de propiedad del demandado.

Claro, el artículo 1238 del estatuto comercial establece que “[l]os 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”; en tal evento, los “acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes”, sin perjuicio de las acciones por “fraude de terceros” que puedan ejercer “interesados”, lo cual no significa que los acreedores anteriores al fideicomiso estén habilitados para perseguir ejecutivamente los bienes fideicomitidos, sobre el entendido de que siendo prenda general al momento de contraer la obligación esto es lo que sucede; no, esa no es la interpretación que se permite de esa norma, pues lo que hay ahí es una “típica acción auxiliar de los acreedores del fideicomitente”, con “garantía suficiente para intervenir en el contrato de fiducia, con miras a viabilizar la persecución de los bienes fideicomitidos e, inclusive, eventualmente, según las circunstancias del caso, a obtener su terminación”, como ocurre “cuando se persigue el único bien que constituye el fideicomiso o, aunque no lo sea, resulta crucial para el logro del cometido del citado contrato”, de donde se sigue “que al acreedor le corresponde, inomisiblemente, asumir el compromiso de demostrar que del convenio llevado a efecto por el deudor le deriva un perjuicio; allí, sin duda, anida la validez de su proceder, esto es, en la acreditación de un interés jurídico, serio y actual para legitimar la persecución de los bienes involucrados en el patrimonio autónomo” (Cas. Civ. Sent. de 25 de enero de 2010, rad. 1999-01041-01).

En una palabra, “dada la existencia del crédito insoluto y, como quiera que los bienes de aquél son prenda general de garantía de las acreencias, es viable, por así autorizarlo expresamente el artículo 1238 ya citado, que ejerza la potestad que la ley tiene establecida para accionar

*en procura de reintegrar su patrimonio, cuando algunos elementos del mismo han salido indebidamente de él, es decir, en detrimento suyo, habiendo sido involucrados en la negociación celebrada, concretamente, la fiducia” (sentencia citada); mas ello, es evidente, no asunto que pueda zanjarse “a la hora de pronunciarse acerca de la inembargabilidad o no de un determinado bien, y ello en aras de decretar o no el levantamiento de la medida cautelar que sobre el mismo pese”, desde que en ese escenario lo único que le corresponde al juez es verificar si el bien está “legalmente sujeto o no a «propiedad fiduciaria», para de ahí adoptar postura sobre el particular”, que no incursionar en “temáticas que -de ser el caso- han de emprenderse en separado litigio declarativo que, eventualmente y al efecto, se adelante por quienes contingentemente estén legitimados para lo propio, pues, obrar como se hizo en el sub examine, esto es, adentrarse en los terrenos de descalificar, dentro de un juicio ejecutivo, el «contrato de fideicomiso» celebrado y registrado en la oficina de instrumentos públicos respectiva, con el cual se constituyó la «propiedad fiduciaria» sobre el predio cautelado, no traduce cosa diversa que suplantar, sin fórmula de juicio, la competencia que corresponde en esos menesteres al juez natural y ello dentro de la senda procedimental legalmente establecida” (Cas. Civ. Sent. de 20 de junio de 2018, exp. STC7916-2018, reiterada en fallo STC8518-2018).*

Y si las cosas son de ese tenor, no hay duda de que toda esa polémica traída por el impugnante sobre la anterioridad de la acreencia y el derecho que tiene a que el patrimonio del deudor se conserve, es asunto que, a no dudarlo, deberá determinarse y ponderarse en otros escenarios procesales, que no en este escenario cautelar, lo que descarta toda posibilidad de que por lo menos de momento sea posible abrirle paso al decreto de esa medida solicitada.

Baste lo discurrido para confirmar el auto combatido; no habrá condena en costas por no aparecer causadas.

### III.- Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil – Familia, confirma el auto impugnado de fecha y procedencia preanotados.

Sin costas.

Oportunamente, vuelva el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,

**Germán Octavio Rodríguez Velásquez**

Firmado Por:

**German Octavio Rodriguez Velasquez**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 004 Civil Familia**

**Tribunal Superior De Cundinamarca - Cundinamarca**

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: **5f18e1f8dc59c4bddf8040f1850010581c506ed5afb4be6922a044796e856828**

Documento generado en 29/02/2024 08:36:01 a. m.

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**