



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ

SISTEMA ESCRITURAL

Florencia, 15 de marzo de 2019

AUTO INTERLOCUTORIO No. 61-03-336-19

RADICADO: 18-001-33-31-002-2010-00051-00
MEDIO DE CONTROL: EJECUTIVO
DEMANDANTE: LIBARDO ESPAÑA CLAROS Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL-FONPREMAG-

Teniendo en cuenta el recurso de reposición interpuesto por la parte actora¹ contra el auto que no el decreto de la medida cautelar consiste en el embargo de las cuentas de la entidad, procede el despacho a resolver la solicitud.

El apoderado de la parte actora, como sustento de sus pretensiones, indica que:

En Oficio 220-126109 del 20 de junio de 2016 la Superintendencia de Sociedades manifestó que: "sobre la propiedad fiduciaria, es viable la práctica de medidas de embargo y secuestro en procesos ejecutivos (...) de suerte que el hecho de haberse pactado la traslación del dominio al fideicomisario, no limita ni prohíbe la procedencia de dichas cautelas, máxime que el artículo 594 del Código General del Proceso, norma vigente que taxativamente relaciona los bienes inembargables, no incluye ninguna restricción por razón de la fiducia". (negrilla del texto)

Que en posición reiterada, mediante Oficio 220- 111308 del 31 de mayo de 2017, donde previo examen de las consideraciones de orden normativo y jurisprudencial, manifestó que los bienes objeto de un contrato de propiedad fiduciaria o de un fideicomiso civil, a la luz de las disposiciones legales vigentes pueden ser objeto de embargo, en el sentido que:

"(...) la inembargabilidad no es un atributo propio de la propiedad fiduciaria, pues los artículos 794 y siguientes del Código Civil no hacen referencia alguna sobre el particular, y aquella fue estatuida en el artículo 1677 de la misma codificación, mediante una norma de indiscutible carácter procedimental, amén como la jurisprudencia constitucional explica la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida, como puede ser por ejemplo un código de procedimiento, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos sustanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, debe considerarse sustantiva.

(...) aun en caso de no aceptarse la derogatoria del artículo 1677 del Código Civil, lo indiscutible es que

¹ Fol. 128-130



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA.

RADICACIÓN: 18001-33-31-002-2010-00051-00

la inembargabilidad de los bienes en ningún caso es absoluta y no puede utilizarse para desconocer la ley, defraudar a terceros o afectar la prenda general de los acreedores admitiéndose de manera excepcional aún respecto de los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social, por lo que es necesario que el juez analice en cada caso la procedencia de la práctica de medidas de embargo y secuestro respecto de bienes fideicomitidos”.

En este sentido, en sentencia de tutela del 9 de mayo de 2006, con ponencia del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló:

“ (...) si en gracia de la discusión, se llegara a pensar que de todas maneras al ejecutado ostentar la calidad de fiduciario, gozaría de la inembargabilidad del bien y no sería garantía general de todos los acreedores, por estarlo poseyendo, además de propietario, como fiduciario, debe precisarse que ante esa disyuntiva, debe estarse por la embargabilidad, pues no puede dejarse de lado que el mismo obedece a una acreencia laboral, que tiene su privilegio sobre otros créditos, estando por delante solamente las cosas judiciales, las expensas funerales necesarios del deudor difunto y los gastos de su última enfermedad”.

Así mismo indica que la Corte Constitucional ha manifestado en diferentes pronunciamientos que el principio de inembargabilidad no es absoluto, pues en ninguna circunstancia puede obstaculizar la realización efectiva de los derechos constitucionales como tampoco consentir en que el Estado desconozca las obligaciones que tiene a su cargo. Por tanto, el principio de inembargabilidad de los recursos públicos debe conciliarse con otros principios y garantías tales como el reconocimiento de la dignidad humana, la efectividad de los derechos, la seguridad jurídica, el derecho de propiedad, el acceso a la justicia y la necesidad de asegurar la vigencia de un orden justo (sentencia C-543 de 2003, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Que el Consejo de Estado en sentencia del 25 de marzo de 2004, magistrada ponente Alier Hernández Enríquez señaló, que en los negocios fiduciarios de carácter público no se configuran patrimonios autónomos, ni hay transferencia de los bienes fideicomitidos, de lo que 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. Por tal razón, sostiene que, como los bienes no abandonan el patrimonio de la entidad pública, los mismos son embargables por los acreedores de la misma, (negrilla del texto).

Indica que por lo tanto, los bienes objeto de un contrato de propiedad fiduciaria o de un fideicomiso, pueden ser objeto de embargo, por las razones anteriormente expuestas, siendo procedente el embargo de los dineros que integran la cuenta del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que son administrados por la FIDUPREVISORA S.A, por lo que solicita se decrete la medida cautelar.



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA.
RADICACIÓN: 18001-33-31-002-2010-00051-00

CONSIDERACIONES:

De lo anterior, se observa que el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte actora, es procedente según lo establecido por el artículo 180 del C.C.A., que establece; Cuando no sean susceptibles de apelación, y como quiera que en los eventos en los que procede el recurso de apelación son taxativos y se encuentran enumerados en el artículo 181 del C.C.A, es procedente el recurso de alzada en el caso concreto, así:

“ARTÍCULO 180. El recurso de reposición procede contra los autos de trámite que dicta el ponente y contra los interlocutorios dictados por las salas del Consejo de Estado, o por los tribunales, o por el juez, cuando no sean susceptibles de apelación.

En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicarán los artículos 348, incisos 2º y 3º, y 349 del Código de Procedimiento Civil.

Establecida la procedencia de recurso de reposición, se observa que lo que pretende el ejecutante es el embargo de los dineros que integran la cuenta del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que son administrados por la PREVISORA S.A., como su vocera, indicando que el artículo 594 del Código General del Proceso, norma vigente que taxativamente relaciona los bienes inembargables, *no incluye ninguna restricción por razón de la fiducia*, en consecuencia, el Despacho procederá a resolver el recurso de alzada, así,

El artículo 1238 del Código de Comercio, establece:

“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.” (Subraya fuera del texto).

En similar sentido, el art. 1227 del Código de Comercio, señala:

“Artículo 1227. Obligaciones garantizadas con los bienes entregados en fideicomiso.

Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.”

Las razones de lo anterior se derivan del artículo 1226 precedente, que al respecto dice:

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quién se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA.

RADICACIÓN: 18001-33-31-002-2010-00051-00

llamado beneficiario o fideicomisario”.

Diferenciándose de la Fiducia Pública consagrada en el artículo 32 numeral 5° de la Ley 80 de 1993, en virtud de la cual no hay transferencia de bienes ni constitución de patrimonios autónomos, deduciéndose la posibilidad de embargo de los bienes entregado en fiducia. Expresa la norma:

“5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así lo autorice la ley, la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal, según caso. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-086 de 1995.

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. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

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.”

En relación con la constitucionalidad² del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se diferenció sobre la naturaleza de la fiducia pública y el encargo fiduciario, sus características, régimen aplicable, así como las diferencias existentes con el contrato de fiducia mercantil, para concluir por un lado que dichos contratos en tanto gobernados por el estatuto contractual, estableció la forma de escogencia de la sociedad fiduciaria y lo definió como un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo que a una fiducia, entendida esta última como derecho real condicionado, que como tal radica el bien en un patrimonio autónomo constituido para tal fin. En ese orden de ideas sostuvo:

La mayoría de la doctrina nacional ha coincidido que a partir de la Ley 45 de 1923, conocida como la Ley Bancaria, apareció el encargo fiduciario, recogido hoy en día principalmente en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Por su parte, la fiducia mercantil, cuyos antecedentes se deben buscar

² Fol. Sentencia C-086 de 1° de marzo de 1995



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA.

RADICACIÓN: 18001-33-31-002-2010-00051-00

-como lo anotan los demandantes- en la figura del "trust" anglosajón, encontró su plena consagración legal en el año de 1972, con la expedición del nuevo Código de Comercio.

El artículo 1226 del Código citado define la fiducia mercantil en los siguientes términos:

'La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamada beneficiario o fideicomisario.

'Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y fideicomisario. Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios'.

Sin entrar a estudiar detenidamente todos los aspectos característicos de la fiducia mercantil -por escapar a los propósitos de este pronunciamiento- puede decirse que de la norma transcrita se colige que de este negocio jurídico se derivan dos partes necesarias, fiduciante y fiduciario, y una eventual: el beneficiario o fideicomisario. De igual forma, puede señalarse que los elementos característicos de este tipo de contratos son los siguientes:

El primero puede definirse como un elemento real, según el cual en la fiducia mercantil se presenta una verdadera transferencia de dominio sobre los bienes fideicomitidos. Al respecto, conviene agregar que, para algunos, el negocio fiduciario en el que no se efectúa necesariamente la transferencia del dominio sino la mera entrega de bienes, ni se constituye un patrimonio autónomo, corresponde a un encargo fiduciario; mientras que en aquellos casos en que se transfiera la propiedad y se constituya un patrimonio autónomo, se estaría ante una verdadera fiducia mercantil.

Retomando la característica esencial del primer elemento, cual es la transferencia del dominio, se tiene que de acuerdo con los artículos 1227, 1234, 1236 y 1238 del Código de Comercio, los bienes afectados por el fideicomiso no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario, razón por la cual deben figurar contablemente en forma separada y, además, el beneficiario deja de ser "dueño" de sus bienes, aunque sí lo es de los beneficios que ellos reporten.

Debe igualmente señalarse que, según las voces del artículo 1233 de la normatividad citada, "los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo". Si bien escapa a la finalidad de esta providencia analizar el concepto de "patrimonio autónomo", debe decirse que ella responde a la necesidad de que los bienes afectados mediante el negocio fiduciario, se encuentren a salvo respecto de los demás negocios o gestiones que adelante el fiduciario como fruto del giro ordinario de sus asuntos.

De lo anterior, se debe concluir que tanto la transferencia de dominio como la constitución de un patrimonio autónomo, son dos de los elementos sin los cuales no podría existir el contrato de fiducia mercantil.



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA.

RADICACIÓN: 18001-33-31-002-2010-00051-00

Un segundo elemento de este tipo de negocios jurídicos es el que puede calificarse como personal, en el cual los fines establecidos por el fiduciante para la administración de los bienes por parte del fiduciario, se enmarcan dentro de la figura del "trust" o de la confianza que el primero deposita en el segundo -es decir, en sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria-, habida cuenta de sus capacidades, su experiencia o su good will, con una destinación o una finalidad determinada, de cuyos frutos se beneficiará el mismo constituyente o un tercero.

El tercer elemento hace referencia a los aspectos formales de este tipo de contratos. Se trata de cumplir con los requerimientos mínimos establecidos por la ley tanto en lo que se refiere a la formación del contrato como a su ejecución y extinción. En cuanto a lo primero, el artículo 1228 del Código de Comercio, establece que la fiducia deberá constar en "escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes". Sin embargo, los Decretos 663 y 847 de 1993, principalmente, han modificado en parte la citada disposición y han permitido la constitución de fiducias sobre bienes muebles por el simple consentimiento de las partes, mientras que aquellas que versen sobre bienes objeto de registro o sobre bienes inmuebles deberán cumplir con las obligaciones correspondientes a cada uno de estos eventos. Respecto de otras formalidades, no podrán celebrarse los negocios fiduciarios prohibidos (Art. 1230) y deberán acatarse las causales de extinción de este tipo de contratos (Art. 12340).

Finalmente, se tiene un elemento formal-temporal, cual es que el contrato de fiducia mercantil jamás podrá contar con una duración superior a veinte (20) años (Art. 1230).

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 introdujo en el numeral 5o. del artículo 32, una regulación específica de una serie de negocios jurídicos denominados "encargos fiduciarios y fiducia pública". Sin entrar a definirlos, señaló que dichos contratos de fiducia pública sólo podrán ser celebrados previa autorización de ley, de la ordenanza o del acuerdo, según el caso. De igual forma, determinó que los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán únicamente por objeto la administración y manejo de recursos vinculados a contratos que tales entidades celebren. Asimismo, como se advirtió, esa normatividad prohibió pactar la remuneración con cargo a rendimientos del fideicomiso, así como la posibilidad de delegar en las sociedades fiduciarias los contratos que las entidades estatales celebren. No sobra reiterar que la Ley 80 estableció también que la escogencia de la sociedad fiduciaria debería hacerse por licitación o concurso y que ese contrato de fiducia "nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo de la respectiva entidad oficial".

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 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".



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA.

RADICACIÓN: 18001-33-31-002-2010-00051-00

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.

(...)

Por las razones expuestas, esta Corporación encuentra que el hecho de que el contrato de que trata el numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, denominado 'encargo fiduciario y fiducia pública', contenga disposiciones que desconocen los elementos esenciales del contrato de fiducia mercantil o que resultan poco prácticas al momento de contratar con el Estado, no significa que se haya vulnerado disposición constitucional alguna."

Posteriormente el Consejo de Estado³ indicó:

"Que los negocios fiduciarios de carácter público no se configuran patrimonios autónomos, ni hay transferencia de los bienes fideicomitidos, de lo que 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. Por tal razón, sostiene que, como los bienes no abandonan el patrimonio de la entidad pública, los mismos son embargables por los acreedores de la misma. Lo anterior sin perjuicio de aquellos recursos públicos que tienen protección legal y constitucional especial como los pertenecientes al SGP.

Igualmente dicha conclusión no aplica, obviamente, en los casos en que la Ley ha facultado a las Entidades Públicas para constituir con entidades vigiladas patrimonios autónomos para el manejo de determinados recursos (v. gr. los correspondientes a pasivos pensionales)⁴, eventos en los cuales los bienes fideicomitidos, por aplicación de las normas del derecho mercantil, se tornan inembargables."

Así las cosas, se observa que la Ley 91/1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 3º autorizó al Gobierno Nacional para la constitución de la fiducia mercantil. Establece el referido artículo:

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

³ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 25 de marzo de 2004, M.P.: Alíer Hernández Enríquez.

⁴ Como por ejemplo la posibilidad que establece el artículo 41 de la Ley 80 en relación con el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones y el pago de pasivos pensionales., sin perjuicio de otras normas que expresamente autorizan a los Entes Públicos a celebrar contratos de fiducia mercantil.



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA.

RADICACIÓN: 18001-33-31-002-2010-00051-00

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.

Por lo tanto, 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.

Ahora bien, el actor, sustenta su pedimento en el pronunciamiento realizado por la Superintendencia de Sociedades en los Oficio 220-126109 del 20 de junio de 2016 y el Oficio 220-111308 del 31 de mayo de 2017, observando el Despacho, que éstos documentos son conceptos emitidos para un caso particular y de contenido concreto, en donde se elevó petición a la entidad, así mismo, estos conceptos indican las características de un contrato fiduciario civil, en ningún momento, se establece que aplique a los contratos fiduciarios estatales establecidos en la Ley 80/1993.

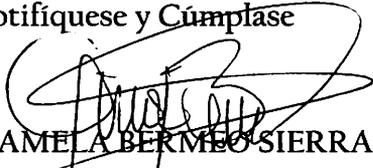
Finalmente, es del caso señalar que el Despacho se atiene a las consideraciones expuestas en el auto de fecha 24 de agosto de 2018, por medio del cual se negó el decreto de la medida cautelar.

RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER el auto No. AI.253-08-1318-18 del 24 de agosto de 2018, y como consecuencia de lo anterior:

SEGUNDO: ATENERSE a las consideraciones expuestas en el auto de fecha 24 de agosto de 2018, proferido por éste Despacho Judicial.

Notifíquese y Cúmplase


GINA PAMELA BERMEO SIERRA

Juez