

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C., enero treinta y uno de dos mil veintidós.

Proceso : Ejecutivo singular
Radicación : 25307-31-03-001-2019-00221-01.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto proferido 6 de abril de 2021 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, que negó una medida cautelar.

ANTECEDENTES

1. El señor José Hoover Lozano Portela interpuso demanda ejecutiva en contra de la Organización Empresarial y Comercial Montecarlo J&O S.A.S. y José Isidro Herrera Valderrama, quienes conforman el Consorcio N&H, pretendiendo el cobro de dieciséis facturas.

Se relató que el Consorcio N&H suscribió el contrato de obra a precio global fijo sin fórmula de reajuste No. F.A.014/2015 con la Corporación el Minuto de Dios con el propósito de reubicar y reconstruir viviendas para la atención de hogares damnificados en zonas de alto riesgo, afectadas por los eventos derivados del fenómeno de la niña 2010-2011.

Que el representante legal del Consorcio efectuó un acuerdo con el ejecutante para el suministro de recebo, materiales de cantera, de río, transporte de tierra y desechos, maquinaria liviana y pesada para la acomodación, extendida y compactación de los materiales requeridos para la construcción de doscientas sesenta y ocho (268) viviendas de interés prioritario de la Urbanización Villa Lucía en el municipio de Flandes.

Asimismo, que a partir del año 2016 el Consorcio empezó a retrasarse en el pago de las facturas de los materiales, maquinaria y mano de obra suministrados, adeudando hasta la presentación del libelo la suma de \$523.340. 380.00, por concepto de capital más los intereses moratorios y corrientes causados.

Para garantizar el pago de las obligaciones reclamadas, el apoderado del señor Lozano solicitó el embargo y secuestro de cuarenta y seis (46) inmuebles de propiedad del demandado, de los remanentes que a favor de los miembros del Consorcio estuvieren a órdenes del proceso No. 2018-00176 ante el Juzgado 25 Civil Municipal de Medellín y de los dineros que aparezcan como saldos a nombres de éstos en los bancos, especialmente en razón del contrato No. 049 de 2012 que da origen al fideicomiso 312723 del Banco de Occidente.

2. Después de librarse el mandamiento de pago en auto del 9 de marzo de 2020, se decretaron las cautelas solicitadas el 24 de septiembre siguiente, pero se negó la referida a la fiducia del Banco de Occidente, señalando que el inciso segundo del artículo 599 del C.G.P. autorizaba al juez a limitar los embargos a lo necesario, disposición que adquirió firmeza sin ser recurrida por el peticionario.

En memorial del 8 de marzo de 2021, el mandatario judicial insistió en “(sic) la medida solicitada y negada en el numeral sexto del auto notificado por estado No. 36 del 29 de septiembre del 2020, que corresponde a decretar el embargo de la FIDUCIA DEL BANCO DE OCCIDENTE - Contrato Fiduciario No.049 de 2012 que da origen al FIDEICOMISO

312723; y el embargo de los dineros que por cualquier concepto estén retenidos en razón a los contratos suscritos entre los demandados y la ORGANIZACIÓN MINUTO DE DIOS y/o el FONDO DE ADAPTACIÓN”.

Sostuvo que los predios embargados se señalaban como casa en los folios de matrícula inmobiliaria, pero que en realidad se trataba de lotes vacíos, sin construcciones ni servicios y que no podían satisfacer el crédito que se pretendía recaudar, teniendo en cuenta el valor del avalúo que les fue asignado y las obligaciones fiscales que pesan sobre el mismo.

2. El auto apelado

El 6 de abril de 2021 se negó la cautela solicitada, reiterando que el inciso segundo del artículo 599 del C.G.P. permite al juez limitar las medidas a lo necesario, encontrando que las ya decretadas resultaban suficientes para garantizar el crédito perseguido.

Que no era posible embargar el contrato de fiducia ni los dineros recolectados por el fideicomiso civil, ya que dichos dineros no son de propiedad del extremo demandado, “sino que apenas cumplen con un encargo, lo que impide que el fiduciario pueda responder por sus obligaciones con los bienes recibidos en encargo fiduciario”.

3. La apelación

Inconforme la ejecutante interpone el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, alegando que los deudores inscribieron unos lotes con servicios en el Registro Inmobiliario del municipio de Ramiriquí (Boyacá), afirmando que se trataba de casas, predios con los que no era posible satisfacer la obligación objeto del trámite.

Que el artículo 599 del C.G.P. indica que el límite que se impone a la medida cautelar debe ser a aquello que resulte necesaria para cubrir la totalidad del crédito, esto es, capital, intereses y agencias en derecho, así como que los recursos que se encuentran en el encargo fiduciario con recursos que el estado dispuso a través del Ministerio de Hacienda y su Fondo de Adaptación para realizar los trabajos necesarios para reubicar a los damnificados del fenómeno de la niña 2010-2011, de modo que al pretenderse el cobro de obligaciones generadas en ese marco, resulta procedente el embargo.

Sostiene que, aunque el numeral cuarto del artículo mencionado se indica que los dineros retenidos en la fiducia son bienes inembargables, también es cierto que la misma norma permite su cautela para cuando lo que se cobren sean obligaciones que se deriven de los contratos celebrados en su desarrollo, por lo que el juez debe tener en cuenta que en el pacto se estableció que el 10% de esos recursos corresponde a retenciones de obra, los cuales se entregarán a su cumplimiento.

CONSIDERACIONES

1. Sabido es que las medidas cautelares tienen como objeto lograr la efectividad de la sentencia que en el proceso se emita, que en el sistema procesal colombiano encuentran su regulación actual en el Código General del Proceso y se fundamentan en la necesidad de prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas o los bienes en curso del trámite.

La Corte Constitucional ha señalado que la finalidad de las medidas cautelares es “garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencional 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, situación que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado”¹.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-172 del 11 de abril de 2016.

En punto de los procesos ejecutivos, el artículo 599 del C.G.P. prevé las medidas que pueden adoptarse consistentes en el embargo y secuestro de bienes del ejecutado, apuntan a la necesidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones con los bienes del demandado, imponiendo que su decreto lo limite a lo necesario y que el valor de lo cautelado no supere el doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas.

2. En el caso, claro es que la medida cautelar cuya negativa genera este recurso ya había sido elevada y su solicitud negada en auto del 24 de septiembre de 2020, providencia frente a la que el ejecutante y acá recurrente no elevó recurso alguno, por lo que la decisión adquirió firmeza no siendo dable entonces que se pretendiera revivir un término fenecido a través de una solicitud de “ampliación” de medidas cautelares, que en realidad se trataba de un reproche de los argumentos esgrimidos por el a-quo en la decisión ejecutoriada.

Aun con lo anterior, considera la Sala que el auto que aquí se apela no merece ningún reparo, pues es claro que la cautela en que insiste el señor Lozano no resulta procedente, a la luz de la ley comercial y el estatuto procesal.

3. En efecto, se pretende por el demandante el embargo de los dineros que constituyen la fiducia mercantil constituida el 25 de mayo de 2012, a través de contrato No. 049, entre el Fondo de Adaptación, entidad creada mediante Decreto 4819 de 2010, con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Consorcio FADAP 2021, conformado por la Fiduciaria de Occidente S.A. y la Fiduciaria Popular S.A., “con el objeto de constituir un patrimonio autónomo con los recursos de inversión del Fondo para el recaudo, administración, inversión y pagos” en los proyectos de recuperación y reconstrucción de zonas afectadas por el fenómeno de la niña, de conformidad con lo previsto en los Decretos 4819 de 2010 y 2906 de 2011.

Y al respecto, debe precisarse que según lo señalado en el artículo 1226 del C. de Co., “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 la misma línea, indica el artículo 1233 de la misma codificación que “los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”.

Por eso, de acuerdo con los artículos 1238 y 1227 *ibidem*, los bienes objeto del negocio fiduciario no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, ni forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, garantizando solamente las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.

3.1. Aclarado lo anterior, surge claro que ni el fideicomitente ni la entidad fiduciaria presentan acreencias en favor del aquí demandante, pues el contrato de obra que es causa de las facturas base de la ejecución se suscribió entre la Corporación Minuto de Dios y el demandado Consorcio N&H, no siendo entonces procedente cautelar recursos que hacen parte de un patrimonio autónomo originado en el negocio efectuado entre terceros.

Y aunque es cierto, como insistentemente lo pone de presente el recurrente, que en la cláusula décimo segunda del aludido contrato de obra se señala que el “(sic) origen de los recursos económicos para el pago del precio del contrato en los términos aquí pactados, se derivan de los desembolsos que provendrán de consignaciones que realice el fondo adaptación a través de su contrato fiduciario No. 049 de 2012 que dio origen al fideicomiso 312723, celebrado entre el Fondo de adaptación y la Fiduciaria de Occidente S.A”, no resulta ello suficiente para ordenar la aprehensión de unos dineros que, de por sí, ya son inembargables, máxime cuando no se cobran en esta ejecución créditos que deriven directamente de esa relación, sino que se trata de subcontrataciones realizadas entre el Consorcio N&H y el aquí demandante.

3.2. A ello necesariamente debe agregarse, como bien lo apuntó el a-quo desde el 24 de septiembre de 2020, que el artículo 599 del C.G.P. impone al juez el deber de analizar la proporcionalidad de las cautelas que adopte, de modo que si al estudiarlas, observa que son suficientes para cubrir hasta el doble del crédito, sus intereses y costas, puede limitarlas a lo necesario.

Y aunque aquí el recurrente alega que por el valor del avalúo catastral de los inmuebles ya embargados y una supuesta obligación fiscal sobre los mismos, las cautelas no son eficaces para asegurar el pago de la obligación, la Sala encuentra que dicho pasivo no fue demostrado y que en la etapa procesal correspondiente el interesado puede presentar un dictamen para establecer el valor real de los bienes, así como que, de otro lado, tanto la medida de remanentes como la retención de dineros de cuentas bancarias fueron tenidas en cuenta por el Juzgado 25 Civil Municipal de Medellín y el Banco de Bogotá, imponiéndose la conclusión de ser proporcionadas las cautelas que ya se decretaron.

4. Por consiguiente, como la acreencia cuyo recaudo se pretende pesa en cabeza del Consorcio N&H y no del fideicomitente ni de la entidad fiduciaria, haberse decretado en el asunto embargos y retenciones que resultaron eficaces y ejecutoriados la providencia que negó similar solicitud, no resulta procedente el reclamo del recurrente y la decisión impugnada será confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil – Familia.

RESUELVE

CONFIRMAR, el auto proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot 6 de abril de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Notifíquese y devuélvase,



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Magistrado