

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.****SALA DE FAMILIA**

Bogotá D. C., quince de julio de dos mil veinte

MAGISTRADA: LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ.

SUCESIÓN DE ALFONSO CRUZ MONTAÑA - (Apelación auto) Radicado. 11001-31-10-016-2018-00205-02.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del heredero **JOSÉ GUILLERMO CRUZ SABOGAL**, frente al auto proferido por el **JUZGADO DIECISÉIS DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.** el 2 de mayo de 2019, en cuanto le ordenó estarse a lo dispuesto en providencia del 14 de enero de la misma anualidad, mediante la cual levantó la medida cautelar decretada en el numeral 9 del proveído del 13 de marzo de 2018.

ANTECEDENTES

1. En auto del 14 de enero de 2019 (fols. 290 y Vto.), y con motivo del recurso de reposición interpuesto por la heredera **ANNY CRUZ TOVAR**, el **JUZGADO DIECISÉIS DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.** revocó la medida cautelar decretada por solicitud de los herederos **IRMA CRUZ USECHE, ANTONY CRUZ USECHE, NOHORA CRUZ RUIZ** y **ALFONSO CRUZ RUIZ**, en el numeral 9 de la providencia

proferida el 13 de marzo de 2018, sobre los “...derechos contenidos en el contrato de Fiducia (sic) Mercantil (sic) celebrado el 25 de febrero de 2016 y Escritura Pública No. 1527 del 8 de mayo de 2017 de la Notaría 21 de Bogotá, suscrito por el causante como Fideicomitente (sic) A CONSTRUCTORA LAS GALIAS S.A., como fideicomitente **B**, y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como fiduciaria, Patrimonio autónomo conocido como ‘FIDEICOMISO LA PALESTINA CIARTO (sic) SECTOR’”, tras considerar “...en el presente caso los herederos del causante no se constituyen en acreedores anteriores al contrato de fiducia, por lo que respecto de estos debe observarse la norma especial esto es, el artículo 1678-8 del [Código] Civil, que blindada de inembargabilidad los bienes que se poseen fiduciariamente; en consecuencia los derechos del pluricitado contrato no pueden formar parte del presente sucesorio, por lo que es claro que es improcedente gravarlos con medida de embargo al haber quedado excluidos del haber sucesoral por el negocio fiduciario” (subraya intencional).

2. Con escrito radicado el 21 siguiente, el heredero **JOSÉ GUILLERMO CRUZ SABOGAL** solicitó decretar el “...embargo y secuestro...” de los “...rendimientos...” reportados por el patrimonio autónomo en mención (fols. 342 a 350), y frente a tal petición el Juzgado, en proveído del 2 de mayo de 2019, le ordenó “...estarse a lo dispuesto...” en el auto del 14 de enero de 2019.

3. El interesado cuestionó la decisión mediante el recurso de reposición y subsidiario de apelación, a vuelta de señalar que “...los herederos, si bien no son acreedores del causante, sí representan su personalidad, pudiendo ellos mismos repartirse los derechos mortis causa que tiene su causante como fideicomitente...”, de lo contrario “...a la muerte del constituyente del negocio fiduciario, sus bienes pasarían irremisiblemente a propiedad del patrimonio autónomo, perdiendo sus herederos el derecho que tienen como continuadores de su

personalidad...”, siendo procedente entonces la cautela al tenor del artículo 480 del C.G.P. El negocio fiduciario, advirtió, busca “...satisfacer los propósitos, explícitos o implícitos, perseguidos por los contrayentes, y no para que se extingan con su muerte...”. Agregó que los bienes del fideicomiso “...constituyen un patrimonio autónomo, y así ocurre entre nosotros contemplando el Código de Comercio una disposición que ha generado no pocas dudas y debates, lo que creemos generó incertidumbres a su despacho, al expresar que los bienes transferidos deben servir para responder frente a los acreedores del fideicomitente, por obligaciones contraídas con anterioridad a la fecha de su constitución, lo que llevaría a pensar con una lectura rápida de la norma, que también afecta a los herederos del causante –constituyente de dicho patrimonio- careciendo éstos de la facultad de perseguir tales bienes, sin asegurar su adjudicación dentro de la mortuoria de dicho constituyente...”.

Con respecto al embargo de los rendimientos, dijo, “...con una lectura exegética de los artículos 1227 y 1238 del C. Co, podríamos concluir que los bienes podrían ser perseguidos sólo por los acreedores y de ninguna manera por los herederos, como lo supone el juzgado con lo cual, en las primeras interpretaciones de la disposición, hechas incluso por la Superintendencia Bancaria, se pensó que tal persecución permitiría denunciar los bienes para ser embargados y secuestrados, dentro de las medidas cautelares que se pidiesen en un proceso ejecutivo, desconociendo totalmente el efecto de la separación, propio del patrimonio autónomo. Una ulterior interpretación de la misma autoridad de control, hoy vigente y extensamente presentada en su Circular Básica Jurídica, cuyo repaso es forzoso, ha entendido que la acción de los acreedores debe dirigirse contra el fideicomitente y el fideicomiso con el fin de lograr la terminación del negocio, si se acredita el daño sufrido, o el embargo de los rendimientos por parte de los herederos como continuadores de la personalidad del causante. En el primer evento sería preciso atender primero el pago a los acreedores del

fideicomiso, como lo manda la ley, antes de restituir los bienes restantes al fideicomitente, si en virtud de tal circunstancia prospera la acción, el negocio llegará a su fin; y en el segundo caso, poner a disposición del juzgado que adelanta la mortuoria los rendimiento[s] de dicho patrimonio cuyo constituyente ha fallecido” (Subraya textual).

4. En el término del traslado, la heredera **ANNY CRUZ TOVAR** solicitó rechazar los recursos por “...irregularidad en su radicación y falta de fecha y hora cierta...”, y también por cuanto la providencia del 14 de enero de 2019 (fols. 290 y Vto.), con la cual la Juez *a quo* revocó la medida cautelar decretada en el numeral 9 de la providencia proferida el 13 de marzo de 2018, no fue cuestionada por el ahora recurrente, aun cuando “...ya actuaba dentro del proceso...”. Frente a las razones del recurso, tras citar conceptos la Superintendencia Financiera Nos. 2004029979-2 del 17 de septiembre de 2004 y 2008019580-001 del 6 de junio de 2008, y lo dispuesto en el artículo 1238 del Co. Cio., puso de relieve que el negocio celebrado “...dio paso a la creación de un Patrimonio Autónomo derivado del Contrato de Fiducia Mercantil y no a un encargo fiduciario...”, y en aquel, a diferencia de éste, “...**el fideicomitente se desprende de la propiedad de los bienes que entrega, sacándolos de su patrimonio. Estos bienes entran a conformar un patrimonio autónomo, que es administrado por la sociedad fiduciaria...**”. Advirtió que “...si un derecho fue adquirido debidamente mediante acto entre vivos como sucedió en el caso concreto, no puede ser vulnerado por una disposición posterior, mucho menos podría ser vulnerado por circunstancias externas a lo acordado mediante documento, el cual se considera ley para las partes bajo el principio de ‘pacta sunt servanda’, teniendo en cuenta a su vez lo que esto conlleva, como el principio de buena fe y la seguridad jurídica...”, y “...si bien la sociedad fiduciaria debe acatar la medida cautelar decretada por una autoridad

judicial, es deber de la sociedad defender el patrimonio autónomo, tal como quedó establecido en el mismo contrato...”.

También se opuso a la prosperidad del recurso la heredera **LORENA CRUZ TOVAR**, señalando que el artículo 480 del CGP no hace extensivo el embargo a los frutos de los bienes del causante, y *“...como en el presente caso los bienes no eran del causante, mucho menos los rendimientos máxime cuando el código de comercio en su artículo ha establecido que los rendimientos serán del beneficiario del bien y no del fideicomitente...”*, a más de no ser el recurrente acreedor legítimo. Por otro lado, indicó *“i) el heredero sólo existe con el fallecimiento del causante, no antes; ii) el heredero tiene derecho con la muerte del causante, no antes; iii) el heredero no se reputa acreedor antes de la constitución de la fiducia ni heredero antes de la constitución de la fiducia; (iv) la fiducia es un acto legal que no tiene ningún derecho a favor del causante...”*.

Finalmente, los herederos **IRMA CRUZ USECHE, ANTONY CRUZ USECHE, NOHORA CRUZ RUIZ y ALFONSO CRUZ RUIZ**, de acuerdo con la cautela solicitada por el heredero **JOSÉ GUILLERMO CRUZ SABOGAL**, precisaron que la medida *“...recae sobre el pago de las acreencias... a nombre del señor ALFONSO CRUZ MONTAÑA en virtud de los derechos económicos (y no sobre el bien fideicomitado) emanados del Contrato de Fiducia Mercantil...”*.

5. El Juzgado mantuvo la decisión en auto del 28 de noviembre de 2019, argumentando que, *“Sobre el punto ya se pronunció el Despacho en auto del 14 de enero de 2019...”*.

6. Concedido el recurso de apelación, el impugnante adicionó sus argumentos dentro del término previsto en el numeral 3 del artículo 322 del CGP., a su modo de ver el embargo y secuestro de los

rendimientos, podía decretarse, en últimas, bajo la figura de la “...medida cautelar innominada...” consagrada en el literal “c” del artículo 590 del CGP, vía “expedita” atendiendo lo orientado con respecto a la norma en la sentencia STC13069 del 25 de septiembre de 2019, bajo el entendido que la norma “... permite el embargo de estos dineros fiduciarios ya que aunque en principio el bien objeto de fideicomiso podría reputarse inembargable, en realidad no lo es, porque como aquí sucede, no están involucradas tres personas, como es lo habitual, sino dos: un constituyente un fideicomitente, que se confunde con el fiduciario (propietario) y el fideicomisario...”. De no accederse a la medida, aseguró, “...dichos rendimientos podrían ser fácilmente diluidos en esta mortuoria, ya que la albacea testamentaria nunca le ha rendido a mi poderdante cuentas de dicho producido...”.

7. En réplica las herederas **ANNY** y **LORENA CRUZ TOVAR** manifestaron: aquella, que: (i) “...respecto de la rendición de cuentas por parte de la albacea, el despacho ya se pronunció negando dicha solicitud. La negativa y la solicitud nada tienen que ver con el auto que el apoderado Murcia (sic) recurrió...”, (ii) quien fue **ALFONSO CRUZ MONTAÑA** “...estableció de forma expresa que se le entregaran esos rendimientos a terceros, lo que significa que... no ostenta la calidad de beneficio (sic) respecto de esos rendimientos... [y] si procediera el embargo, se afectaría derechos de las personas designa[da]s por el señor Alfonso... como destinatarios de estos dineros...”, (iii) el recurso es extemporáneo, en tanto la controversia fue materia de análisis en el auto del 14 de enero de 2019 (fols. 290 y Vto.), no cuestionado por el inconforme, y (iv) siguiendo los conceptos Nos. 2004029979-2 del 17 de septiembre de 2004 y 2008019580-001 del 6 de junio de 2008 por la Superintendencia Financiera, y lo orientado en sentencia SC5424-2019, ni el bien objeto del contrato de fiducia, ni los rendimientos derivados del negocio son susceptibles de embargo, pues por virtud del mismo se conforma “...**un**

patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo... y ***“Si el fiduciante no tiene derechos reales sobre el bien (salvo pacto en contrario), mucho menos los tienen sus herederos, debido a que, mediante acto entre vivos, el constituyente decidió sacar el bien junto con sus respectivos derechos reales de su patrimonio”*** (negrilla textual). Por su parte la heredera **LORENA CRUZ TOVAR**, dijo que la adición presentada por el recurrente resultaba extraña al ordenamiento procesal civil, amén de carecer el recurso de la debida sustentación, debiendo declararse desierto, pues **“...NO ES POSIBLE SUSTENTAR REPAROS COCRETOS QUE NO EXISTEN...”**.

8. Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1. Limitada la competencia del Tribunal a los reparos concretos del apelante¹, corresponde establecer si es viable o no decretar la medida cautelar solicitada por él, sobre los rendimientos derivados del contrato de fiducia mercantil celebrado en vida por quien fue **ALFONSO CRUZ MONTAÑA**, siendo necesario en orden a ello señalar que no hay lugar a rechazar el recurso como lo pretenden las herederas **ANNY** y **LORENA CRUZ TOVAR**, pues:

i.El recurso fue interpuesto el 8 de mayo de 2019, dentro de la ejecutoria de la providencia cuestionada, según se indica en el informe secretarial obrante a folio 595.

ii.La apelabilidad del auto descansa en el numeral 3 del artículo 321 del CGP², apoyada como fue la negativa del decreto de la medida cautelar, en las razones de la providencia del 14 de enero de 2019, con la

cual la Juez *a quo* revocó el embargo de los “...derechos...” derivados del contrato fiduciario celebrado el 25 de febrero de 2016 por quien fue **ALFONSO CRUZ MONTAÑA**, fideicomitente A, con la **SOCIEDAD CONSTRUCTORA LAS GALIAS S.A.** fideicomitente B, y **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, entidad fiduciaria.

iii. Lo resuelto en su momento por la Juez *a quo* en auto del 14 de enero de 2019 (fols. 290 y Vto.) en torno a la medida cautelar, no frustra el estudio del asunto en esta instancia, al no operar el fenómeno la cosa juzgada (Art. 303 del CGP), amén de no avizorarse temeridad o ánimo dilatorio en el actuar del recurrente.

iv. El recurso fue debidamente sustentado por el inconforme y el numeral 3 del artículo 322 ejúsdem autoriza su adición, al señalar “*En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de su interposición. Resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral*”.

2. Con la anterior precisión se examina el fondo del asunto, y para ello cumple memorar que las medidas cautelares en trámites liquidatorios como el presente, se rigen por lo dispuesto en el artículo 480 del CGP, según el cual “*Aun antes de la apertura del proceso de sucesión cualquier persona de las que trata el artículo 1312 del Código Civil, el compañero permanente del causante, que acredite siquiera sumariamente interés podrá pedir el embargo y secuestro de los bienes del causante, sean propios o sociales, y de los que formen parte del haber de la sociedad conyugal o patrimonial que estén en cabeza del cónyuge o compañero*

permanente”. La finalidad de tales medidas es salvaguardar el activo sucesoral, garantizando su adjudicación a los coasignatarios en el trabajo correspondiente.

3. Y como la medida cautelar solicitada involucra derechos derivados de un contrato de fiducia, es pertinente para resolver el asunto, revisar lo previsto en el artículo 1226 del Código de Comercio que define el contrato de fiducia mercantil, como aquel “...*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 llamado beneficiario o fideicomisario*”. Los bienes fideicomitidos forman un patrimonio autónomo, según lo prevé el artículo 1233 ejúsdem, “...*afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo...*”, cuyos rendimientos a voces del artículo 1238 *ibídem*, son embargables al beneficiario.

La incidencia de la fiducia mercantil en materia sucesoral, explica el profesor **PEDRO LAFONT PIANETTA**, en su libro “PROCESO SUCESORAL”, Tomo I, páginas 95 y 94, varía de acuerdo con la naturaleza y circunstancias bajo las cuales se haya celebrado el contrato, y agrega, “...*Contra el contrato mismo de fiducia y los negocios de enajenación que la entidad haga a los beneficiarios, carecen de interés actual todos los futuros herederos y cónyuge sobreviviente del fiduciante, esto es, de la persona que en vida constitutiva (sic) el mencionado fideicomiso, salvo los recursos especiales del caso (para la sociedad conyugal). Pero produciéndose el fallecimiento del fiduciante la situación es la siguiente: en cuanto a la herencia es preciso tener presente que a ella no pertenecen los bienes fideicomitidos, ya que, al ser transmitidos al fiduciario, ellos dejaron de formar parte del patrimonio del fiduciante fallecido; pero con relación al interés social o hereditario correspondiente, este se torna actual y real y, por*

lo tanto, sus titulares pueden ejercer las acciones que sean del caso en favor de la sociedad conyugal y la sucesión ilíquida...”.

En igual sentido la Superintendencia Financiera, en concepto No. 2004029979-2 del 17 de septiembre de 2004, indicó:

“...esta Superintendencia se ha expresado en varias ocasiones en el sentido de que el contrato fiduciario, conforme a nuestro Estatuto Mercantil, tiene características y naturaleza propias que originan una propiedad fiduciaria con alcances particulares e incluso extraños a nuestra tradición jurídica. En efecto, en concepto OJ-479 de septiembre de 1973 esta entidad expresó con respecto al contrato de fiducia lo siguiente:

“La fiducia da nacimiento a una propiedad formal en cabeza del fiduciario y por ello los bienes así afectados no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario (artículo 1227 C. de Co.) y deben figurar en su contabilidad como bienes distintos de los propios (numeral 2 artículos 1234, 1236 C. de Co.). En cuanto al constituyente es claro que los bienes fideicomitidos salen de su patrimonio y por ello no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución (artículo 1238 C. de Co.) ni pueden ser susceptibles de su libre disposición (numeral 4 artículos 1234, 1236 C. de Co.). El beneficiario tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten (artículo 1238 C. de Co.). En síntesis, el derecho de propiedad presenta una escisión: la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario (propiedad beneficiosa)’.

“Así las cosas, para que pueda predicarse la existencia de una fiducia mercantil se deberá cumplir con los requisitos de la existencia propios de este contrato, esto es, la tradición de los bienes fideicomitidos del fiduciante al fiduciario y la conformación de un patrimonio autónomo afecto a la finalidad determinada por el constituyente” (Subraya intencional).

4. Tal como quedó establecido en los antecedentes, el Juzgado mantuvo la decisión cuestionada a vuelta de considerar que “...*los herederos del causante no se constituyen en acreedores anteriores al contrato de fiducia, por lo que respecto de estos debe observarse la norma especial esto es, el artículo 1678-8 del [Código] Civil, que blinda de inembargabilidad los bienes que se poseen fiduciariamente; en consecuencia los derechos del pluricitado contrato no pueden formar parte del presente sucesorio, por lo que es claro que es improcedente gravarlos con medida de embargo al haber quedado excluidos del haber sucesoral por el negocio fiduciario*” (subraya intencional). La conclusión del Juzgado es parcialmente cierta, pues una cosa son los bienes fideicomitidos, por regla general inembargables al haber pasado la titularidad de ellos al patrimonio autónomo, pero otra, los rendimientos o derechos derivados del contrato de fiducia, destinados a los beneficiarios, esos si, tal como lo advierte la doctrina, susceptibles de ser cautelados al tenor de lo previsto en el artículo 1238 del C. de Co., norma aplicable en este caso al tratarse de una fiducia mercantil.

5. Adicionalmente, se debe considerar que la finalidad de este proceso no es satisfacer el cobro de una deuda, sino transmitir, bajo las normas de orden público aplicables al asunto, el patrimonio dejado por el de cujus a sus causahabientes, quienes con ese propósito pueden solicitar medidas cautelares, como así lo hizo el heredero **JOSÉ GUILLERMO CRUZ SABOGAL**, si en cuenta se tiene que de los indicados rendimientos pueden surgir derechos para los herederos del causante **ALFONSO CRUZ MONTAÑA**, beneficiario de dicho negocio jurídico, por tanto, titular de ese patrimonio futuro y cierto, bajo las reglas contractuales de la fiducia.

6. Al considerarse procedente la cautela frente a los rendimientos de la propiedad fiduciaria, es necesario tener presente las siguientes

circunstancias establecidas al interior de la actuación, relevantes al estudio del caso:

i. Mediante contrato celebrado el 14 de agosto de 2015 (fols. 129 a 134), quien en vida fue **ALFONSO CRUZ MONTAÑA**, prometió en venta a la **SOCIEDAD CONSTRUCTORA LAS GALIAS S.A.**, el 100% del “*LOTE 4 URBANIZACIÓN PALESTINA CUARTO SECTOR*”, acordando, para efectos del cumplimiento de la compraventa, “...*la suscripción de un Contrato Fiduciario...*” cuyos trámites de constitución adelantaría la prometiente compradora ante la SOCIEDAD FIDUCIARIA ALIANZA, “...*con el objeto de constituir un patrimonio autónomo... bajo la modalidad de un Fideicomiso de Administración Simple (comúnmente denominado Fideicomiso de Parqueo), para lo cual el PROMETIENTE VENDEDOR le transferirá la propiedad del LOTE al PATRIMONIO AUTÓNOMO y la PROMETIENTE COMPRADORA pagará el precio del LOTE al PROMETIENTE VENDEDOR mediante el PATRIMONIO AUTÓNOMO en un encargo fiduciario de pago condicionado...*”.

ii. El pago del precio del lote por valor de **OCHO MIL CIENTO DIECISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$8.116.800.000)**, se acordó efectuarlo en tres partidas equivalentes, la primera y la segunda, al 30%, esto es, “*DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES CUARENTA MIL PESOS*”, y la tercera al 40%, esto es, “...*TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL PESOS...*”, quedando obligado el prometiente vendedor a entregar “...*comunicación escrita a la FIDUCIARIA por lo menos con diez (10) días calendario de anticipación, indicando la cuenta bancaria donde el PATRIMONIO AUTÓNOMO debe hacer la consignación del dinero...*”. En caso de incumplimiento en el pago, se reconocerían intereses moratorios al acreedor a la tasa máxima legal sobre lo adeudado.

iii. El contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, para la constitución del patrimonio autónomo denominado “PATRIMONIO AUTÓNOMO LA PALESTINA 4 SECTOR”, se celebró el 25 de febrero de 2016, **ALFONSO CRUZ MONTAÑA** como fideicomitente A y destinatario de los pagos acordados, la **SOCIEDAD CONSTRUCTORA LAS GALIAS S.A.** como fideicomitente B, y **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** como la **FIDUCIARIA**, con el siguiente objeto:

“5.1. Constituir un Patrimonio (sic) Autónomo (sic), para que la ALIANZA, como vocera mantenga la titularidad jurídica de los bienes que serán transferidos mediante la celebración del presente CONTRATO y los que posteriormente sean destinados para tal fin.

“5.2. Que ALIANZA reciba del FIDEICOMITENTE B las sumas de dinero que este transfiera a título de fiducia mercantil.

“5.3. Desde que ALIANZA reciba del FIDEICOMITENTE B los recursos destinados a los pagos a favor del DESTINATARIO DE PAGOS y hasta que ALIANZA entregue estos recursos al DESTINATARIO DE PAGOS, que ALIANZA invierta estos recursos en los Fondos de Inversión Colectiva administrados por ALIANZA.

“5.4. Que ALIANZA efectúe por cuenta del FIDEICOMITENTE B y a favor del DESTINATARIO DE PAGO, los pagos de que trata el presente CONTRATO.

“5.5 Que cumplidas las condiciones de que trata el presente CONTRATO, ALIANZA inscriba como único titular del 100% de los derechos fiduciarios derivados del presente CONTRATO al FIDEICOMITENTE B.

“5.6 Que ALIANZA como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO entregue a título de Comodato Precario el INMUEBLE al FIDEICOMITENTE B, con posterioridad a la transferencia del mismo al PATRIMONIO AUTÓNOMO, ALIANZA no tendrá responsabilidad alguna por la gestión del FIDEICOMITENTE B en razón de la

tenencia que ejerza sobre el INMUEBLE fideicomitado. Esta entrega se hará de la siguiente manera...

“(...)

“5.7. Que ALIANZA como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO, adelante las gestiones establecidas en este CONTRATO y en instrucciones que por escrito el FIDEICOMITENTE B le imparta, las cuales se deben limitar a los acuerdos, parámetros y finalidades establecidos en este CONTRATO. El FIDEICOMITENTE B se obliga a que ninguna de las instrucciones que imparta a ALIANZA estarán en desacuerdo con las condiciones pactadas por LOS FIDEICOMITENTES en el Contrato de Promesa de Compraventa... LOS FIDEICOMITENTES declaran que ALIANZA ni el PATRIMONIO AUTÓNOMO, que se constituye con la suscripción del presente CONTRATO, hacen parte del Contrato de Promesa de Compraventa anteriormente relacionado, por lo que ALIANZA ni el PATRIMONIO AUTÓNOMO serán responsables por las obligaciones que surgen con ocasión de la suscripción del mencionado Contrato de Promesa...”

Se determinó también en la cláusula tercera que la naturaleza del contrato era de derecho privado, regido por el Código de Comercio y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por tanto *“...los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio autónomo independiente y separado de los patrimonios de las PARTES que participan en este CONTRATO, el cual está exclusivamente destinado a los fines del presente CONTRATO. En consecuencia, los bienes de propiedad del PATRIMONIO AUTÓNOMO se destinarán exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones contraídas por los FIDEICOMITENTES para cumplir así la finalidad perseguida...”*.

La duración del contrato se estableció por el término de diez años, prorrogables por un año más de no darse aviso previo dentro de los ocho días hábiles anteriores al vencimiento del plazo establecido, siendo

beneficiarios ambos fideicomitentes, con una participación sobre los derechos fiduciarios derivados del patrimonio autónomo del 70% para el primero (A), y del 30% para el segundo (B), susceptibles de cesión dichos derechos mediante documento privado “...suscrito por cedente y cesionario [el cual] será notificado y enviado a ALIANZA...”.

Frente a los rendimientos, se pactó en la cláusula 10.4.7 lo siguiente:

“Que el FIDEICOMITENTE A haya recibido los rendimientos generados por la inversión que haga ALIANZA en los Fondos de Inversión Colectiva administrados por ALIANZA, de los recursos consignados en el ENCARGO DE PAGO CONDICIONADO los cuales declara recibidos a satisfacción y de los recursos transferidos al presente PATRIMONIO AUTÓNOMO, destinados a los pagos a favor del DESTINATARIO DE PAGO.

“De acuerdo con lo anterior, mediante el presente CONTRATO el FIDEICOMITENTE B se obliga a que en la transferencia de recursos en la Cláusula 10, Numeral 10.6 del presente CONTRATO, pague al DESTINATARIO DE PAGO los rendimientos que se generen por los valores consignados por el FIDEICOMITENTE B y los rendimientos que se generen por los valores transferidos por el FIDEICOMITENTE B al PATRIMONIO AUTÓNOMO, consignaciones y transferencia que el FIDEICOMITENTE B ha hecho y hará para cumplir con el pago del precio del INMUEBLE acordado...”.

Frente al pago también se estipuló **“3.2.8** Cada vez que el PATRIMONIO AUTÓNOMO vaya a hacer un pago al PROMITENTE VENDEDOR entregará comunicación escrita a la FIDUCIARIA por lo menos con diez (10) días calendario de anticipación, indicando la cuenta bancaria donde el PATRIMONIO AUTÓNOMO debe hacer la consignación del dinero. La autorización deberá venir con firma autenticada. La cuenta bancaria podrá estar a nombre del PROMETIENTE VENDEDOR o de un

tercero. EL PATRIMONIO AUTÓNOMO consignará el dinero en la cuenta bancaria indicada por el PROMETIENTE VENDEDOR”.

La terminación del contrato se dejó estipulada bajo los siguientes eventos: (i) imposibilidad de realizar su objeto, (ii) por decisión judicial debidamente ejecutoriada, (iii) por determinación de alianza en los términos del artículo 1232 del C. Cio., (iv) el acaecimiento de alguna de las causales contempladas en el artículo 1240 ejúsdem, salvo la del numeral 6°, esto es, “6) *Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción*”, (v) encontrarse los fideicomitentes en las listas de control de lavado de activos, y (vi) por insuficiencia de recursos que impida el pago de la comisión fiduciaria y demás gastos.

iv. Mediante Escritura Pública No. 1527 del 8 de mayo de 2017, y conforme a lo acordado por las partes tanto en la promesa, como en el contrato fiduciario, **ALFONSO CRUZ MONTAÑA** transfirió el lote No. 4 de la urbanización Palestina, Cuarto Sector a título de “...*DOMINIO POR ADICIÓN A FIDUCIA MERCANTIL, COMO APORTE PARA EL INCREMENTO DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DENOMINADO FIDEICOMISO LA PALESTINA 4 SECTOR...*”, del cual es vocera y administradora **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**

v. En comunicaciones radicadas en **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, una el 12 de noviembre de 2015, y dos el 12 de junio de 2017, el señor **ALFONSO CRUZ MONTAÑA** manifestó lo siguiente:

12 de noviembre de 2015:

“Es mi voluntad que mediante transferencia electrónica Alianza Fiduciaria S.A. me pague los DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES TREINTA Y

TRES MIL PESOS... correspondientes a la Primera Partida, junto con los rendimientos generados por esta partida... en dos partes iguales en las siguientes cuentas bancarias:

Banco	Tipo de Cuenta	Número de Cuenta	A favor de	Cédula de Ciudadanía
BBVA	Ahorros	400 357364	Lorena Cruz Tovar	52.817.058
Bancolombia	Ahorros	20122854206	Anny Cruz Tovar	1.020.720.854

“Sin otro particular...”

12 de junio de 2017:

“Es mi voluntad que Alianza Fiduciaria S.A., o Constructora Las Galias S.A., me pague la totalidad de la Segunda Partida, junto con los rendimientos generados por esta... así:

“1. Un cheque por... \$27.000.000 a nombre del señor Alvaro (sic) Blanco Avila (sic)...

“2. Un cheque por... \$5.000.000 a nombre de la señora Luz Elena González...”

“3. Un cheque por... \$376.365.000 a nombre de Urbanizadora Marín Valencia S.A...”

“4. Un cheque por... \$203.980.000 a nombre de Autonal...”

“5. Un cheque por... \$15.000.000 a nombre de Conjunto Residencial Zion Towers...”

“6. Dos cheques por... \$10.000.000 cada uno a nombre de Martha Cecilia Tovar Hernández...”

“7. Un cheque por... \$10.000.000 a nombre de Anny Cruz Tovar...”

“8. El saldo restante mediante transferencia electrónica en dos partes iguales en las siguientes cuentas bancarias:

Banco	Tipo de Cuenta	Número de Cuenta	A favor de	Cédula de Ciudadanía
BBVA	Ahorros	400 357364	Lorena Cruz Tovar	52.817.058
Bancolombia	Ahorros	20122854206	Anny Cruz Tovar	1.020.720.854

“(...)

“Sin otro particular...”

12 de junio de 2017

“Es mi voluntad que mediante transferencia electrónica Alianza Fiduciaria S.A. me pague la totalidad de la Tercera Partida, junto con los rendimientos generados por esta partida... en dos partes iguales en las siguientes cuentas bancarias:

Banco	Tipo de Cuenta	Número de Cuenta	A favor de	Cédula de Ciudadanía
BBVA	Ahorros	400 357364	Lorena Cruz Tovar	52.817.058
Bancolombia	Ahorros	20122854206	Anny Cruz Tovar	1.020.720.854

“Sin otro particular...”

vi. **ALFONSO CRUZ MONTAÑA** falleció el 26 de octubre de 2017, según da cuenta la copia auténtica del registro civil de defunción (fol. 7).

vii. Con motivo del embargo decretado en su momento sobre los derechos fiduciarios, revocado por la Juez *a quo* en auto del 14 de enero de 2019 (fols. 290 y Vto.), **ALIANZA FIDUCIARIA** respondió en oficio No. B2270706 del 15 de abril de 2018, que a la fecha “...la sociedad **CONSTRUCTORA LAS GALIAS S.A.**, se encuentra realizando los pagos correspondientes a la tercera partida (según

éste término se define en el Contrato de Fiducia), recursos respecto de los cuales tenía derecho el señor ALFONSO CRUZ MONTAÑA... ahora sus herederos, legatarios o cónyuge o quien tenga derecho de acuerdo a las normas civiles...”, agregando “De acuerdo con lo descrito a lo largo del presente documento, comedidamente nos permitimos informar que hemos registrado la medida cautelar deprecada... y en cuanto existan recursos a favor del señor ALFONSO CRUZ MONTAÑA... serán puestos a su disposición según lo ordenado por su despacho, lo anterior por cuanto el causante pactó y plasmó en vida en el referido Contrato de Fiducia, instrucciones irrevocables...”.

7. La problemática en torno al embargo de los rendimientos derivados del contrato de fiducia celebrado el 25 de febrero de 2016, por quien en vida fue **ALFONSO CRUZ MONTAÑA**, ubica el análisis del Tribunal, esencialmente, en la partida tercera por valor de “...TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL PESOS...”, acordada en la promesa de compraventa celebrada el 14 de agosto de 2015, única respecto de la cual “...la sociedad **CONSTRUCTORA LAS GALIAS S.A.**, se encuentra realizando... pagos...”, según lo informó **ALIANZA FIDUCIARIA** en su oficio No. B2270706 del 15 de abril de 2018. Los desembolsos por concepto de las otras dos partidas, pactados en la suma de “DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES CUARENTA MIL PESOS” cada uno, no serán tema de estudio del presente recurso en el entendido que ya fueron realizados, por tanto, carece de objeto cualquier consideración respecto de aquellos.

7.1 En el anterior contexto, atendiendo el carácter preventivo de las medidas cautelares previstas en el proceso sucesoral, orientadas al aseguramiento de los bienes de la herencia o de la sociedad conyugal cuando se liquida en la sucesión, como aquí

acontece, establecida como fue la existencia de derechos o rendimientos derivados del contrato de fiducia mercantil tantas veces mencionado y del que era beneficiario quien fue **ALFONSO CRUZ MONTAÑA**, la controversia de si los dineros pertenecen o no a las herederas **ANNY** y **LORENA CRUZ TOVAR** es un asunto que podrá dilucidarse con mayor amplitud en la diligencia de inventarios y avalúos, a través de las pruebas correspondientes, entre tanto, la cautela permite asegurar el derecho de todos los herederos, cuyo alcance se establecerá en la partición, si bien en la comunicación presentada ante **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** el 12 de junio de 2017, el hoy obitado solicitó pagar la partida tercera y sus rendimientos en partes iguales a cuentas bancarias de sus hijas, de ahí no se sigue con claridad suficiente que su intención haya sido la de ceder tales recursos a sus hijas, cuando, por otro lado, dentro de las cláusulas de la promesa de compraventa celebrada el 14 de agosto de 2015 (fols. 129 a 134), se dejó expresamente consignada a cargo del señor **CRUZ MONTAÑA**, la obligación de suministrar a la fiduciaria con 10 días de antelación, el número de cuenta bancaria a nombre suyo o de un tercero, a quien deberían consignarle los pagos acordados.

7.2 Aunque el señor **ALFONSO CRUZ MONTAÑA** tenía la posibilidad de ceder los derechos derivados del contrato de fiducia mediante documento privado, “...*suscrito por cedente y cesionario [el cual] será notificado y enviado a ALIANZA...*”, según así se dejó consignado en el contrato, no milita documento alguno en tal sentido a favor de las herederas **ANNY** y **LORENA CRUZ TOVAR**, para concluir, razonadamente, que son suyos los dineros de la partida tercera, lo cual, bajo las reglas de la experiencia y la sana crítica, acentúa las dudas en torno a la naturaleza de tales recursos, cuyo monto, nótese, excede los tres mil millones de pesos.

8. Así las cosas, se revocará la decisión en lo apelado a fin de decretar la medida cautelar sobre los recursos derivados del contrato de fiducia, que pudieran resultar a favor del causante. No se condenará en costas al recurrente.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., en ejercicio de la competencia de Magistrada Sustanciadora,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR en lo apelado el auto proferido por el **JUZGADO DIECISÉIS DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.** el 2 de mayo de 2019, para acceder a decretar el embargo de los recursos derivados del contrato de fiducia mercantil referido en las consideraciones, a favor del causante. Oficiese por el Juzgado de primera instancia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas.

TERCERO: DEVOLVER la actuación al Juzgado de origen, en firme la decisión.

NOTIFÍQUESE (2),

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lucía Josefina Herrera López', is centered on the page. The signature is written in a cursive style with some horizontal lines extending from the left and right sides.

LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

Magistrada