EMBARGO DE CARTERA COLECTIVA ABIERTA SIN PACTO DE PERMANENCIA/ Procedencia al no tratarse de un negocio fiduciario ni recaer la cautela sobre el capital sino respecto de los réditos obtenidos/ Fundación en fase de liquidación voluntaria no constituye excepción de embargabilidad

“(…) no se trata de una cuenta bancaria, ni de ahorro u otra de las especies existentes, sino que la medida ha recaído sobre un producto financiero de manejo exclusivo de las compañías fiduciarias, que jurídicamente constituye un negocio jurídico harto diferenciable, con regulación específica en el sistema financiero nacional.

Tampoco se trata de un negocio fiduciario (…) porque cuando ello sucede (…) hay transferencia de dominio de los bienes así constituidos, del fideicomitente (…) y visto está que acá no concurren tales presupuestos, cuestión bien diferente es que la administración del FIC sea por intermedio de una sociedad fiduciaria, por exigencia legal.”

“Con más exactitud: la medida se enfoca en los réditos de tal negocio, denominados `derechos de participación´, el capital no es motivo de cautela, y entre estos dineros y aquellos, bien se aprecia que se pueden identificar o individualizar como para predicar que son derechos crediticios distintos sobre bienes fungibles distintos (Artículo 663-2º, CC); por contera, es válido colegir que esos réditos o rendimientos obtenidos, no son susceptibles de restricción alguna de inembargabilidad. Nótese que la medida deja intacto el capital, si es que acaso pudiera estimarse cobijado por la prerrogativa estudiada.

De esta manera, es innecesario examinar si se trata de dineros del SGP, por concepto de salud, en las modalidades de régimen subsidiado y contributivo.”

“(…) se descarta el dicho de la Fundación ejecutada, consistente en que por hallarse en fase de liquidación voluntaria hace que su patrimonio sea ajeno a la embargabilidad (...)

(…) baste decir que el Decreto 1529 de 1990, al que remite el Decreto Único Reglamentario No.1066 de 2015, en su articulado, ni en particular los artículos 17 y 18, consagra la prerrogativa reclamada a su favor. Tampoco figura en los pocos preceptos del Estatuto Sustantivo Civil (633-652) sobre las fundaciones; nótese que los artículos 646 y 649 son solo para las corporaciones, entidades diferenciables en la doctrina, de la especie de persona jurídica aquí referida.

Y menos se halla, la excepción pretendida de inembargabilidad, en las normas especiales de las fundaciones dedicadas al sector salud (…)”



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

Asunto : Apelación de auto interlocutorio

Tipo de proceso : Ejecutivo con pretensión personal

Ejecutante : Sociedad Francol Ltda.

Ejecutado : Fundación Clínica Cardiovascular del Niño de Risaralda

Procedencia : Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 2014-00354-01 (Interna 9035 LLRR)

Temas : Embargabilidad e inembargabilidad - FIC

Mag. Sustanciador : Duberney Grisales Herrera

Pereira, R., seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso ordinario interpuesto, en el proceso de la referencia, por la apoderada judicial de la parte ejecutante, contra el auto del 04-03-2015, al tenor de las consideraciones jurídicas, que siguen.

1. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Se expidió el día 04-03-2015 y con ella se denegó el requerimiento pedido, para hacer efectiva o perfeccionar una cautela, dirigida a una entidad financiera; el Despacho refiere el pedimento de embargo sobre dineros que, la parte dice son del régimen contributivo y no del subsidiado, y en el párrafo siguiente aduce que se debe tener en la cuenta la directiva No.022 de abril de 2010 de la Procuraduría General de la Nación, que citó en forma textual (Folios 63, cuaderno No.2, copias), concluye que: “*(…) no hay lugar a acceder a la petición.*”. Esta decisión fue recurrida (Folio 72, cuaderno No.2, copias) y como la *a quo* no repusiera, concedió la apelación ante esta Corporación (Folio 119, cuaderno No.2, copias).

1. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

Se pide la revocatoria de decisión recurrida y en su lugar, se decrete la “práctica” de cautela pedida (Párrafo último del recurso). Para el efecto, aduce la parte recurrente que la entidad financiera no ha verificado la inembargabilidad de las cuentas, pues apenas se ha basado en la afirmación de su cliente, sin que obre certificación sobre la naturaleza de los dineros, expedida por la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda.

Explica que en virtud de la prohibición de la unidad de caja, la única cuenta que recibe dineros del sistema general de participaciones (En adelante SGP), girados por el Ministerio de Salud y Protección Social, es la de ahorros No.96010036890, a nombre de la parte ejecutada, inscrita ante el Ministerio, por lo que solo allí recibe dineros del régimen subsidiado, por ende no son inembargables los dineros depositados en la cuenta “*cartera colectiva abierta sin pacto de permanencia CASH*”, administrada por la sociedad Servitrust GNB Sudameris SA.

Ahora, en cuanto a los dineros del régimen contributivo, ninguna restricción existe porque no hacen parte del SGP, son embargables. Así las cosas, la comunicación del 16-02-2015 enviada por el representante legal de la demandada, respecto a los dineros de la cuenta de ahorros No.460105004200, denominada “*cartera colectiva abierta sin pacto de permanencia CASH*”, sobre su inembargabilidad es infundada, pues como se dijera, solo se puede tener una sola cuenta para los dineros del SGP.

Como respaldo invoca y aporta concepto de la Procuraduría General de la Nación en un proceso que cursó ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, donde era ejecutada la misma Fundación; allí se concluyó la procedencia del embargo de los dineros que no hacía parte de los recursos de la nación; en igual sentido anexa providencia del 10-03-2014 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, en contra de la hoy demandada. Refiere también la Circular externa No.032 de la Superintendencia Financiera.

Añade que como la Nueva EPS no administra recursos del régimen subsidiado, los dineros que recibe la Fundación de esta entidad, son embargables, en virtud a que pertenecen al régimen contributivo, al efecto se apareja el contrato suscrito entre las partes, para que se aprecie que no se contrató para el régimen subsidiado.

Para terminar, refuta la parte impugnante que por razón de la liquidación adelantada por la Fundación ejecutada, exista inembargabilidad, explica que es de tipo voluntario y el Decreto 1529 de 1990 regulatorio del tema, en parte alguna la prevé.

1. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR
   1. La competencia funcional

La facultad jurídica para resolver esta controversia radica en esta Colegiatura por el factor funcional (Artículo 26-1, CPC), dada su condición de superiora jerárquica del Juzgado donde cursa el proceso.

* 1. La resolución del problema jurídico
     1. El problema jurídico para resolver

¿Debe modificarse, confirmarse o revocarse el auto del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, con el que se abstuvo de requerir para perfeccionar una cautela, conforme a lo argüido por la parte ejecutante en su recurso de alzada?

* + 1. La resolución del problema jurídico

Para que los derechos crediticios u obligacionales incumplidos no sean ilusorios, el patrimonio de cada deudor se constituye en prenda general de sus acreedores (Artículo 2488, CC), es decir, los bienes que lo integran son susceptibles de persecución judicial para pagar la obligación insoluta, tal regla tiene la salvedad hecha por los artículos 63 de la CP y 1677 del CC, cuando rotula cuáles son inembargables. La última norma, al ser revisada por la Corte Constitucional[[1]](#footnote-1), con ocasión de una acción de inconstitucionalidad contra los ordinales 3º y 4º, decidió inhibirse al estimar que esos segmentos normativos se hallaban derogados tácitamente por el artículo 684 del CPC.

A la referida preceptiva sustancial se agrega la enumeración de los artículos 513 y 684 CPC (Aplicable al caso porque el trámite de este recurso inició en vigencia de aquella normativa, artículo 625, CGP), además de aquellos previstos en otras normas especiales (Por ejemplo: los artículos 155 y 344, CST; artículo 126-4º, Decreto 663 de 1993 y Carta Circular No.88 de 2014, sobre depósitos de ahorro; artículo 10º, Ley 1185; artículos 8º y 16, Ley 38 de 1989, modificado por la Ley 179 ; artículo 134, Ley 100).

Hoy la regulación del CGP, artículo 594, añade muchos de los eventos anteriores, “*1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación (…)*”, los depósitos de ahorro, entre otros, que se evidencian al confrontar la nueva normativa con la antigua.

En suma, la regla general es la embargabilidad, mientras que la excepción es la inembargabilidad, para cuyo propósito habrá una norma que así lo señale; el encabezado del artículo 684, CPC, dispone: “*Además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, (…)*” y en similar sentido quedó redactado el canon respectivo del CGP. Debe sí, dejarse sentado que algún sector de la doctrina nacional, como el profesor Velásquez Gómez[[2]](#footnote-2), aprecia que pueden existir, por fuera de la consagración legal expresa, bienes excluidos cuando quiera que afecten un derecho fundamental, en especial la dignidad humana, aunque el estudio se hizo sobre las preceptivas del CPC.

* + 1. El caso concreto

Al tenor de las premisas que preceden, se impone advertir infundada la determinación judicial que acoja sin más, documentos aportados por una parte para demostrar la “inembargabilidad” de unos bienes, agravado cuando se repara que la aportante tiene interés, por la potísima razón de ser contra quien se enfila la cautela.

El carácter excepcional (Inembargabilidad) resaltado antes, requiere norma expresa[[3]](#footnote-3), por lo que en manera alguna se define por el criterio de una parte o acaso la entidad encargada de ejecutar la medida, mucho menos puede ser válida la mera manifestación de la parte misma, como aquí ocurre con el escrito visible a folios 43 y 44 del cuaderno de copias del cuaderno No.2, suscrito por el agente liquidador (Párrafo único del folio 44, cuaderno de copias del cuaderno No.2). Es propio de la actividad judicial, la tarea de calificar la posibilidad de que recaiga, una medida precautoria, sobre un bien[[4]](#footnote-4).

A propósito, en reciente pronunciamiento de la Superintendencia Financiera de Colombia - SFC, concepto 2015111578-001 del 15-12-2015, se insistió en que: *“(…) los establecimientos de crédito deben proceder conforme a lo establecido en la normatividad y los instructivos citados, toda vez que es su deber acatar de inmediato las órdenes judiciales en los términos anteriormente señalados”* (Sublínea puesta a propósito)*.* Para ilustrar, dígase que el CGP estipula la posibilidad de disponer una cautela con afección de bienes inembargables y habilita un trámite especial para tal finalidad (Artículo 594, parágrafo único). Se itera, este estatuto es inaplicable en este caso, a voces de lo argüido líneas atrás.

Ahora, se descarta el dicho de la Fundación ejecutada, consistente en que por hallarse en fase de liquidación voluntaria hace que su patrimonio sea ajeno a la embargabilidad (Folio 44, cuaderno de copias auténticas, No.2), que por demás está huérfano de razones concretas y verificables, apenas atino a realizar la aseveración.

Sin embargo de lo dicho, que dificulta la condigna refutación, baste decir que el Decreto 1529 de 1990, al que remite el Decreto Único Reglamentario No.1066 de 2015, en su articulado, ni en particular los artículos 17 y 18, consagra la prerrogativa reclamada a su favor. Tampoco figura en los pocos preceptos del Estatuto Sustantivo Civil (633-652) sobre las fundaciones; nótese que los artículos 646 y 649 son solo para las corporaciones, entidades diferenciables en la doctrina, de la especie de persona jurídica aquí referida.

Y menos se halla, la excepción pretendida de inembargabilidad, en las normas especiales de las fundaciones dedicadas al sector salud (Ley 10 de 1990; Ley 643; Decreto 2427 de 1999; y, Decreto 126 de 2010).

La invocación de la Circular Externa No.032 de la SFC (Folio 71, cuaderno de copias del cuaderno No.2), que corresponde a mayo-junio de 2011 (Actualizado con la Circular No.082 de 2015 del 08-10-2015, para el período del 01-10-2015 al 30-09-2016), fija el tope inembargable de “*las cuentas de ahorro, depósitos electrónicos aludidos por el artículo 2.1.15.1.1 del Decreto 2555 de 2010, en cuentas corrientes, en cualquier otro depósito, y en dineros representados en certificados de depósito a término y en cheques de gerencia, las cuales podrán entregarse directamente al cónyuge sobreviviente, compañero o compañera permanente, herederos, o a uno u otros conjuntamente, sin necesidad de juicio de sucesión*”, por lo que fácil se nota que resulta ajeno al tema examinado, como enseguida se precisa, pues de capital importancia es determinar qué bien o derecho es el perseguido.

La cautela se decretó primero sobre los dineros depositados en una cuenta bancaria denominada “*Servitrus GNB Sudameris*”, “*Cartera colectiva abierta sin pacto de permanencia CASH* *(…) CUENTA FIDUCIA AHORROS*” (Auto del 13-01-2015, folio 6, cuaderno No.2), luego con providencia del 05-02-2015 (Folio 38, cuaderno No.2) se ordena sobre: “*(…) los derechos de participación en la cartera colectiva (…)*”. Sublínea extratextual.

Según define la Superintendencia Financiera de Colombia[[5]](#footnote-5) - SFC, conforme al Decreto 1242 de 2013 (Antes el Decreto 2175 de 2007) modificado por el Decreto 1068 de 2014, las carteras colectivas – Hoy redenominados fondos de inversión colectiva – FIC, son un mecanismo, vehículo de captación o administración de sumas de dinero u otros activos, que integran el aporte de un número plural de personas, sus recursos y los de las demás personas que integran el fondo, son gestionados de manera colectiva para obtener resultados económicos de la misma forma.

Los mencionados recursos, que pueden ser administrados por sociedades comisionistas de bolsa, sociedades fiduciarias o sociedades administradoras de inversión, buscan obtener una rentabilidad o ganancia, que posteriormente es distribuida entre los integrantes que participan. La administración de los FIC está encomendada, en forma privativa, a sociedades fiduciarias vigiladas por la SFC.

A partir de la noción jurídica anterior, queda claro que no se trata de una cuenta bancaria, ni de ahorro u otra de las especies existentes, sino que la medida ha recaído sobre un producto financiero de manejo exclusivo de las compañías fiduciarias, que jurídicamente constituye un negocio jurídico harto diferenciable, con regulación específica en el sistema financiero nacional.

Tampoco se trata de un negocio fiduciario, como lo adujo sin exponer razón alguna, el agente liquidador de la Fundación (Párrafo único del folio 44, cuaderno de copias del cuaderno No.2), porque cuando ello sucede, en los términos de los artículos 1226 y ss del Estatuto Mercantil, hay transferencia de dominio de los bienes así constituidos, del fideicomitente (Fundación, para el caso) al fiduciario (Entidad financiera), y visto está que acá no concurren tales presupuestos, cuestión bien diferente es que la administración del FIC sea por intermedio de una sociedad *fiduciaria*, por exigencia legal.

Exótico sería, que esa condición de la administradora, altere *per se*, la naturaleza del FIC, que en todo caso cabe señalar admite esa modalidad, sin embargo, se itera, en la situación examinada no se valió de tal figura jurídica. Y al tenor de los artículos 1238 y 1240, CCo, sí existen algunas hipótesis en que se abre pasó la embargabilidad, aun cuando se esté frente a un negocio fiduciario.

Con más exactitud: la medida se enfoca en los réditos de tal negocio, denominados “derechos de participación”, el capital no es motivo de cautela, y entre estos dineros y aquellos, bien se aprecia que se pueden identificar o individualizar como para predicar que son derechos crediticios distintos sobre bienes fungibles distintos (Artículo 663-2º, CC); por contera, es válido colegir que esos réditos o rendimientos obtenidos, no son susceptibles de restricción alguna de inembargabilidad. Nótese que la medida deja intacto el capital, si es que acaso pudiera estimarse cobijado por la prerrogativa estudiada.

De esta manera, es innecesario examinar si se trata de dineros del SGP, por concepto de salud, en las modalidades de régimen subsidiado y contributivo.

De todas formas, vale decir y ello para refutar las argumentaciones de la alzada y la decisión revisada, que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 201,Ley 100, coexisten articuladamente para su financiamiento, el régimen contributivo y subsidiado, administrado por el Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, que recibe los recursos de las cotizaciones, aportes estatales y primas del Soat.

En el régimen subsidiado es nítida la inembargabilidad (Artículos 8º, Decreto No.050 de 2003 y 275, parágrafo 2º, Ley 1450 – vigente por disposición del artículo 267 de la Ley 1753).

En el régimen contributivo, en principio los dineros son embargables, en el entendido de que son recursos propios de las entidades que los reciben, solamente quedan excluidos aquellos provenientes de las cotizaciones, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares, así como los aportes del presupuesto nacional, por tener el carácter de dineros públicos y parafiscales, que son “administrados” y por ende no hacen parte de su patrimonio (C-577 de 1995, SU-480 de 1997 y C-177 de 1998, entre otras). Deberá en cada caso acreditarse procedencia de los dineros para determinar la viabilidad de la medida. Pertinente, para abundar en razones y precisiones, la consulta del concepto 13233 de 2011 de la Superintendencia Nacional de Salud[[6]](#footnote-6).

Para efectos de esa distinción y hacer prevaler el principio de inembargabilidad presupuestal como garantía para defender y preservar los recursos financieros estatales, se adopta en el sistema, que el manejo sea en cuentas independientes (Artículo 182 de la Ley 100), que además debe estar registrada ante el Ministerio de Salud y es información que debe tener la entidad financiera o bancaria, pues debe requerirla al celebrar cualquier contrato de depósito (Circular Básica Jurídica (Numeral 5º, parte I - Título IV – capítulo I, Circular Externa 029 de 2014 - *sobre la forma de cumplir debidamente las órdenes de embargo proferidas por las autoridades judiciales*).

El mencionado principio de inembargabilidad tiene reconocidas varias excepciones, según las consideraciones constitucionales hechas por nuestro órgano de cierre en la especialidad, que deben estimarse para adoptar las condignas decisiones[[7]](#footnote-7).

En este caso, obra en copia simple (Folio 55, cuaderno de copias del cuaderno No.2), oficio del Ministerio de Salud, aportado con el recurso de reposición y apelación, que la cuenta inscrita, que recibe dineros del SGP es la de ahorros No.96010036890, para el régimen subsidiado; mas como este documento carece de las formalidades del artículo 254 CPC, ningún valor tiene, sin embargo la providencia de la Sala Laboral de este Tribunal (Folios 96 a 102, cuaderno de copias del cuaderno No.2), en su página 5, refiere la misma cuenta en la misma entidad, y como esa decisión es un documento público al que puede acceder cualquier persona en la Relatoría de la Corporación, podría darse por probado que es la misma cuenta.

Este razonamiento es ilustrativo, pues se dijo al inicio que resulta innecesario e inaplicable a este evento. Se insiste, el tema no se contrae a determinar la naturaleza de los dineros de tal cuenta porque lo ordenado por el Juzgado fue una medida sobre otros bienes y derechos, harto diferenciables.

En suma, la cautela decretada con auto del 05-02-2015 sobre “los derechos de participación”, resultaba procedente y aunque con el auto apelado del 04-03-2015 se abstuvo de hacer efectiva aquella medida, para perfeccionarla (Lo que suscitó la alzada al resolver de nuevo, implícitamente, sobre la cautela), también se hacía necesaria y competía al juzgador de primer nivel, como debe hacerlo todo juez de la república, expedir las respectivas órdenes tendientes a que se cumplan sus decisiones judiciales, para lo cual puede acudir, de estimarlo así, a los deberes correccionales del artículo 39 del CPC.

1. LAS DECISIONES FINALES

En atención a lo explicado antes: (i) Se revocará la decisión apelada, para ordenar que por la Secretaría del *a quo*, se requiera el cumplimiento o perfeccionamiento de la medida ordenada; (ii) Se advertirá que esta decisión es irrecurrible (Artículo 29, CPC); (iii) Se ordenará devolver el expediente al juzgado de origen; y, (iv) No hay lugar a condena en costas, en esta instancia, pues la alzada triunfó.

En mérito de lo discurrido en los acápites precedentes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Unitaria de Decisión,

R E S U E L V E,

1. REVOCAR el auto fechado 04-03-2015 para en su lugar, ordenar que por la Secretaría del Despacho de conocimiento, se requiera a la entidad financiera Servitrust GNB Sudameris SA, para que haga efectiva la cautela ordenada sobre los “*derechos de participación*” del Fondo de inversión colectiva sin pacto de permanencia – FIC, de que es titular la parte ejecutada.
2. NO CONDENAR en costas, en esta instancia.
3. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.
4. DEVOLVER el expediente al Despacho de origen, por conducto de la Secretaría de esta Corporación.

Notifíquese,

*DGH / 2016*

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-318 de 2007. [↑](#footnote-ref-1)
2. VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones, Editorial Temis SA, Bogotá DC, 2010, p.607. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064 de 2003. [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025 de 1995. [↑](#footnote-ref-4)
5. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA - SFC. Aprenda con la Super. Colombia [En línea]. [Visitado el 2016-03-28]. Disponible en internet: https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio... [↑](#footnote-ref-5)
6. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Concepto No.13233 de 2011. Colombia [En línea]. [Visitado el 2016-03-28]. Disponible en internet: https://docs.supersalud.gov.co/.../Conceptos/CTO\_SNS\_0013233\_2011.pdf [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-566 de 2003 y C-402 de 1997. [↑](#footnote-ref-7)