



No. de radicación: M-2018-1400-003463

Fecha radicación: 2018-06-25 10:45:09 AM

MEMORANDO

PARA: Doris Gisela Parra Vargas
Coordinador(a)
GIT Tesorería

DE: Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Concepto sobre embargo de la DIAN a PROCOMERCIO

En atención a su solicitud, elevada mediante correo electrónico del 15 de junio de 2018 y complementada el 18 de junio de 2018, en la que se solicita emitir concepto relacionado con la aplicación del embargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia a la empresa PROCOMERCIO; esta Oficina presenta las siguientes consideraciones:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Se debe efectuar el embargo de créditos a la empresa Promotora de Comercio Inmobiliario S.A Procomercio S.A con ocasión de la Resolución embargo de créditos u otros derechos semejantes No. 20186306000425 del 16 de mayo de 2018, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas - DIAN?

II. ANTECEDENTES

El 18 de junio de 2018 la Coordinadora GIT - Tesorería, manifiesta sus inquietudes frente a la procedencia de efectuar el embargo de créditos u otros derechos semejantes a Procomercio S.A en razón de la Resolución No. 20186306000425 del 16 de mayo de 2018, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas - DIAN, en los siguientes términos:

"Teniendo en cuenta comunicado de embargo de créditos de la DIAN a PROCOMERCIO, me permito exponer las condiciones del contrato que la entidad tiene suscrito con ellos:

1. La entidad suscribió el contrato de arrendamiento 444 de 2017 con la Promotora de comercio Inmobiliario S.A., y teniendo en cuenta lo estipulado en el parágrafo tercero, cláusula tercera "...Los valores los facturará LA ARRENDADORA con instrucción a la ENTIDAD ARRENDATARIA para realizar el pago en la forma prevista a nombre de PATRIMONIO AUTONOMO ACCION FIDUCIARIA...". Es decir, el beneficiario del pago es una entidad diferente con la que se suscribió el contrato.

2. La entidad emitió las resoluciones No. 0025 del 05 de enero de 2018 y la Resolución No. 00505 del 12 de

Oficina Asesora Jurídica

Teléfono: 5960800 - Calle 7 # 6 - 54 - Código postal: 111711 - Bogotá - Colombia - www.prosperidadsocial.gov.co

↖

↗



marzo de 2018 para el pago de las cuotas de administración que se generan por el Contrato de Arrendamiento No. 444 de 2017 suscrito con la Promotora de comercio Inmobiliario S.A., y teniendo en cuenta lo estipulado en el Artículo Primero de la Resol. No 00505 del 12 de marzo de 2018, en donde especifica que la obligación de facturar deberá ser cumplida por Promotora de comercio Inmobiliario S.A. y los valores respectivos deben ser consignados a nombre de la Inmobiliaria San Martín.

Por lo anterior, solicito se indique el paso a seguir en este caso y si es procedente hacer efectivo lo dispuesto en la resolución de embargo de la Dian, teniendo en cuenta que ya fueron radicados las solicitudes pago de éstos. "

Dentro de los documentos adjuntos, al correo de la referencia se incluye la Resolución No. 20186306000425 del 16 de mayo de 2018, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas – DIAN, dentro del proceso administrativo de cobro contra el deudor PROMOTORA DE COMERCIO INMOBILIARIO, PROCOMERCIO S.A, Identificado con Nit 830117735; en la cual, se solicita el embargo de los Créditos u otros Derechos semejantes hasta por SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES DIEZ MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$6,836,010,968) suma que comprende los vencimientos posteriores a la fecha en que decretó y los anteriores que no hubieren sido cancelados según lo establece el numeral 4 del Artículo 681 del Código de Procedimiento Civil.

El 19 de junio de 2018, mediante correo electrónico de Milena Cardona González Profesional Especializado de la Subdirección Financiera - GT Asuntos Tributarios, se remitió el contrato de cesión de derechos económicos por concepto de administración y servicios públicos de los contratos de arrendamiento centro comercial San Marin y el Contrato de Fiducia Mercantil FA – 393 de 2008; sin embargo se advierte que el Contrato de Fiducia Mercantil FA – 393 de 2008 difiere en su contenido de lo señalado en el oficio del 13 de junio de 2013 remitido por Procomercio S.A, por lo cual, siendo la fuente oficial los documentos que reposan en la entidad los que fueron remitidos por el GT Asuntos Tributarios el análisis se limitara a estos y no al contenido del oficio.

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Para dar respuesta a la consulta y al problema jurídico planteado, el análisis se adelantará en los aspectos que se señalan a continuación.

1. Antecedentes Contrato de arrendamiento No. 444 de 2017

El Contrato de arrendamiento No. 444 de 2017 fue celebrado el 28 de septiembre de 2017 entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y la Promotora de Comercio inmobiliario S.A. – Procomercio S.A., el cual tiene como objeto el arrendamiento de los pisos 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 y el local 2016 del inmueble ubicado en la Carrera 7 No. 32 - 12, en el parágrafo tercero de la cláusula tercera del referido contrato se pactó lo siguiente:

"(...) **PARAGRAFO TERCERO:** Conforme a lo establecido en el Contrato de Arrendamiento No. 060 de 2004 suscrito entre PROCOMERCIO y CASUR, PROCOMERCIO suscribió con ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. un contrato de Fiducia Mercantil cuyo objeto es : "... que la FIDUCIA RECIBA los recursos recaudados de los CONTRATOS COMERCIALES de la UNIDAD 5(TORRE SUR), provenientes del FIDEICOMISO FA-270 SAN MARTIN, y realice con dichos recursos los pagos que el fideicomitente le indique", en virtud de este contrato, PROCOMERCIO autoriza que los pagos de los cánones de arrendamiento se realicen al Patrimonio Autónomo constituido para tal fin, de lo cual **LA ENTIDAD ARRENDATARIA, se entiende notificada.** Por lo tanto los

+



valores los facturara la arrendadora con instrucción a la **ENTIDAD ARRENDATARIA** para realizar el pago en la forma prevista a nombre de **PATRIMONIO AUTONOMO ACCION FIDUCIARIA**, mediante consignación en la cuenta de ahorros No. **007000674411** del banco DAVIVIENDA”.

Ahora bien, consultados los antecedentes de la etapa contractual, se identifica que el contrato de fiducia mercantil FA-393 celebrado el 2 de enero de 2008, al cual se hace referencia en la cláusula de la tercera del Contrato de arrendamiento No. 444 de 2017, tiene como fideicomitente a Procomercio S.A, y como beneficiarios del fideicomiso a Procomercio y a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR.

El referido contrato de fiducia FA-393 en su cláusula tercera, señala los bienes objeto de fideicomiso en los siguientes términos:

“CLAUSULA TERCERA.- BIENES FIDEICOMITIDOS. EL FIDEICOMITENTE transfiere al patrimonio autónomo que por este documento se constituye los siguientes bienes:

- **Los recursos provenientes del FIDEICOMISO FA - 270 SAN MARTIN correspondientes al recaudo de los contratos comerciales de la UNIDAD 5 (TORRE SUR).** (Subraya y negrilla fuera de texto)

Es necesario precisar que los contratos comerciales a los que refiere la anterior clausula, se enmarcan en los términos señalados en la Cláusula Primera del contrato de fiducia mercantil FA-393 de 2008 del siguiente modo:

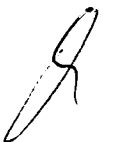
“CONTRATOS COMERCIALES: son los contratos que celebre la sociedad PROCOMERCIO, por medio de los cuales permita a terceros la explotación económica de áreas de la Unidad 5 (Torre Sur), sea a través de contratos de subarriendo, concesión, administración, o cualquier otra naturaleza jurídica, cuyos derechos económicos ingresen a favor del fideicomiso FA- 270 – San Martín para el cumplimiento de su objeto. De tal hecho se dejara constancia en cada uno de los contrato comerciales que celebre PROCOMERCIO. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Bajo estas consideraciones, se aprecia que los bienes objeto de Fiducia Mercantil FA-393 de 2008 cobija los valores correspondientes al recaudo de los contratos comerciales con posterioridad al 2008, por lo cual, en la en la actualidad los derechos económicos del Contrato de arrendamiento No. 444 de 2017, se encuentran en cabeza del PATRIMONIO AUTONOMO ACCION FIDUCIARIA bajo la modalidad de fiducia.

2. De la Fiducia mercantil

La fiducia mercantil se encuentra definida en el artículo 1226 del Código de Comercio, como 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 llamado beneficiario o fideicomisario.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1227 ibidem, los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, por cuanto estos bienes conforman un patrimonio autónomo independiente de este.





Sin embargo, el artículo 1238 del Código de Comercio establece la posibilidad de perseguir los bienes objeto del negocio fiduciario, en los siguientes términos:

*"ARTICULO 1238. . 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." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Esta facultad de perseguir los bienes objeto del negocio fiduciario, es limitada bajo la condición de ser una acción auxiliar del crédito y, por lo mismo, diferente a las ordinarias, de conformidad con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en la sentencia del 25 de enero de 2010 expedida en el proceso: Exp. 11001 3103 031 1999 01041 01.

En la sentencia en comento, el magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena señaló como condición para aplicar la persecución a los bienes del fideicomiso que el acreedor fuere anterior a la constitución del fideicomiso y probara que la única forma de satisfacer su crédito era atacando el bien o bienes que forman el patrimonio autónomo, demostrando que es el único bien con el que contaba el deudor, pues en caso de que éste tenga otros bienes no procederá la acción auxiliar.

Lo anterior en los siguientes términos:

*" (...)la Corte que con solo aducir la existencia de su acreencia no es suficiente, pues debe acreditar un interés serio y vigente que haga creer, verosíblemente, que la satisfacción del crédito está expuesta a envilecerse o, peor, a perderse por razón o con motivo del convenio ajustado por el deudor. **En esa perspectiva, la persecución a que se contrae la disposición evocada resulta viable, siempre y cuando, el deudor no cuente con más bienes o los existentes aparezcan insuficientes en procura de satisfacer la acreencia. El perjuicio está determinado por la precariedad de la garantía patrimonial del deudor, acentuada o propiciada por la conformación del patrimonio autónomo.** Y de no existir esa conexidad no deviene atendible la persecución y menos la pretensión aniquilatoria de la fiducia." (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

No obstante lo anterior, Prosperidad Social no es una instancia judicial que pueda determinar las condiciones de aplicabilidad señaladas en líneas precedentes, ni definir si el crédito es anterior o posterior a la constitución de la fiducia, por lo cual existen dos alternativas dependiendo de las circunstancias concretas, a saber: i) si el crédito es anterior a la constitución de la fiducia, se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1238 del Código de Comercio, vale decir, que el embargo es procedente, o, ii) si el crédito es posterior a la constitución de la fiducia, se debe dar aplicación del parámetro general establecido en el artículo 1227 del Código de Comercio, es decir que no es procedente efectuar el embargo, toda vez que los derechos económicos del Contrato de arrendamiento No. 444 de 2017, no se encuentran en cabeza de Procomercio S.A, sino en cabeza del PATRIMONIO AUTONOMO ACCION FIDUCIARIA bajo la modalidad de fiducia.

En este sentido y dado que Prosperidad Social, como se dijo, no tiene la competencia ni la posibilidad de definir la fecha de constitución del crédito, se recomienda no efectuar el embargo dado que éste, como medida establecida para asegurar la eficacia de la demanda del acreedor, al impedir



jurídicamente la disponibilidad de los bienes y retirarlos del comercio, carecería de objeto pues estos no se encuentran dentro de la órbita de disponibilidad de Procomercio S.A.

III. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo desarrollado a largo de este concepto, se recomienda al GIT – Tesorería abstenerse de realizar el embargo solicitado en la Resolución No. 20186306000425 del 16 de mayo de 2018, y proceder de conformidad con lo estipulado en el artículo 593 del Código General del Proceso, es decir, informar a la DIAN la existencia de los contratos de cesión de derechos económicos por concepto de administración y servicios públicos de los contratos de arrendamiento centro comercial San Marín y de Fiducia Mercantil FA-393 de 2008 en los términos solicitado en el oficio de embargo.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,

Lucy Edrey Acevedo Meneses

Jefe de Oficina

Elaboró: Antonio Daniel Gil Lozano

Revisó: Omar Alberto Barón Avendaño