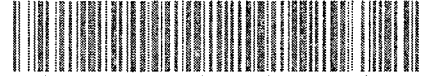




La equidad
es de todos

Prosperidad
Social



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2019-1400-007774

Fecha: 27/03/2019

MEMORANDO

Bogotá D.C., 27 de marzo de 2019

Para:

Doris Gisela Parra Vargas
Subdirector Técnico (E)
Subdirección Financiera

De: Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Concepto jurídico sobre embargo de recursos destinados a fiducia. PROCOMERCIO

En atención a su solicitud, elevada mediante memorando M-2019-2300-006708 del 15 de marzo de 2019 y complementada mediante el correo electrónico del 21 de marzo de 2019, en la que se solicita emitir concepto relacionado con la aplicación del embargo solicitado por el Juzgado Sesenta y Cuatro (64) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Tercera- en contra de la empresa Promotora de Comercio Inmobiliario S.A -PROCOMERCIO S.A y a favor del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación- ICFES; 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 del embargo contenido en el Oficio- No. J64-20190180, expedido por el Juzgado Sesenta y Cuatro (64) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Tercera?

I. ANTECEDENTES

El 15 de marzo de 2019 la Coordinadora GIT - Tesorería, manifiesta sus inquietudes frente a la procedencia de efectuar el embargo realizando el referido descuento a Procomercio S.A en razón del Oficio- No. J64-20190180, expedido por el Juzgado Sesenta y Cuatro (64) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Tercera, en atención a las siguientes condiciones contractuales:

"De manera atenta me permito solicitar concepto referente a la medida de embargo ICFES- DEMANDANTE a PROCOMERCIO- DEMANDADO, respecto de la cual me permito exponer las condiciones del contrato que la entidad tiene suscrito con ellos:

- 1. La entidad suscribió el Contrato de Arrendamiento 486 de 2018 con la Promotora de Comercio Inmobiliario S.A., y teniendo en cuenta lo estipulado en la cláusula cuarta, parágrafo cuarto de dicho contrato, "... Procomercio autoriza que los pagos por 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 facturará LA ARRENDADORA con instrucción de 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 la Resolución No. 00016 del 04 de enero de 2019 para el pago de las Cuotas de Administración que se generan por el Contrato de Arrendamiento No. 486 de 2018 suscrito con la Promotora de comercio Inmobiliario S.A., en donde especifica que la obligación de facturar deberá ser cumplida por Promotora de Comercio Inmobiliario PROCOMERCIO S.A. y los valores respectivos deben ser consignados a nombre de la inmobiliaria Centro San Martín SAS.*

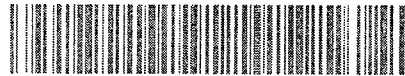
Teléfono: 5960800 - Carrera 7 # 32-12 Edificio San Martín – Piso 33 - Bogotá D.C. - Bogotá D.C. - Colombia -
www.prosperidadsocial.gov.co

✕



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2019-1400-007774

Fecha: 27/03/2019

Por lo anterior me permito solicitar apoyo sobre que tramite debe seguir la entidad, si debe realizar el descuento por concepto del embargo del asunto. A la fecha se radicaron solicitudes de pago No. 4 por concepto de Arrendamiento y de la cuota de administración correspondiente al mes de marzo de 2019".

El 20 de marzo de 2019, la Coordinadora GIT – Tesorería, remitió el siguiente correo al Juzgado Sesenta y Cuatro (64) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Tercera:

"En atención a su oficio J64-2019-0180 del 13 de Marzo de 2018, recibido en esta dependencia el día 13 de Marzo de 2019, relacionado con el embargo de los créditos u otros derechos que existan a favor de PROMOTORA DE COMERCIO INMOBILIARIO S.A. PROMOCOMERCIO, entidad con Nit. 830117735, con el fin de informar a ustedes que los derechos económicos del contrato de arrendamiento No. 486 de 2018, con PROMOTORA DE COMERCIO INMOBILIARIO y el DPS, se encuentra en cabeza del PATRIMONIO AUTONOMO ACCION FIDUCIARIA., de acuerdo con lo estipulado en la cláusula cuarta, parágrafo cuarto de dicho contrato. "Procomercio autoriza que los pagos por 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 facturará la ARRENDADORA con instrucción a la Entidad ARRENDATARIA, para realizar el pago en la forma prevista a nombre del PATRIMONIO AUTONOMO ACCION FIDUCIARIA...". Es decir el beneficiario del pago es el Patrimonio Autónomo.

Por lo anterior y con el fin de tener más claridad solicito a ustedes información sobre si la deuda fue adquirida antes de la firma del contrato, por cuanto el "ARTICULO 1238 C.C., menciona "...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 21 de marzo de 2019, se remitió al Coordinador del GIT de Asesoría y Producción la respuesta brindada por el Juzgado Sesenta y Cuatro (64) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá a la solicitud presentada por la Coordinadora GIT – Tesorería, respuesta en la que solo se adjuntó la demanda, sus anexos y del auto que libra mandamiento de pago.

El 22 de marzo de 2019, mediante correo electrónico, la supervisora del Contrato de Arrendamiento 486 de 2018, brindó la siguiente respuesta adjuntando los documentos soportes de sus afirmaciones:

"[...] me permito dar respuesta a las inquietudes presentadas, desde el inicio del contrato con PROCOMERCIO, informaron a PROSPERIDAD SOCIAL la existencia de la figura de FIDUCIA para el canon de arrendamiento, así como la existencia de una cesión de derechos para el pago del valor correspondiente a la administración y servicios públicos.

Efectivamente anexaron junto a la propuesta los dos contratos existentes (contrato de fiducia- contrato de cesión de derechos), los cuales van anexos, así mismo te envió copia de la propuesta inicial en la que se anexaron los contratos en mención (Numeral 10 en expediente de Orfeo N° 201761003002000444E, adicionalmente considero prudente anexar la carta de respuesta por parte del contratista en relación al tema de embargo".

Por lo anterior, se solicita pronunciamiento de esta Oficina Asesora Jurídica

II. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Para dar respuesta a la consulta y al problema jurídico planteado, es necesario reiterar lo manifestado por esta Oficina Asesora Jurídica en el memorando M20181400003463 del 25 de junio de 2018, en donde se analizó la procedencia del embargo cuando existe una fiducia mercantil.

En la referida oportunidad se analizaron los alcances de la figura de la fiducia mercantil constituida por Promotora de Comercio Inmobiliario S.A Procomercio S.A, en los siguientes términos:



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2019-1400-007774

Fecha: 27/03/2019

1. 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 ibídem, 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. <PERSECUCIÓN DE BIENES OBJETO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO>. 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, verosímilmente, 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



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2019-1400-007774

Fecha: 27/03/2019

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.

La anterior situación no se alteró con la suscripción del Contrato de Arrendamiento 486 de 2018, el cual en el parágrafo cuarto de la cláusula cuarta señaló:

"Conforme a lo establecido en el contrato de arrendamiento No. 060 de 2004 suscrito en PROCOMERCIO y CASUR , PROCOMERCIO suscribió con ACCIÓN 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 (TORRES 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 por 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 que realizar el pago en la forma prevista a nombre de patrimonio autónomo acción fiduciaria, mediante consignación en la cuenta de ahorros No. 0070000674411del banco Davivienda".

Bajo el entendido, que el contrato de fiducia mercantil al que hace referencia la cláusula anterior es el que fue analizado por esta Oficina Asesora Jurídica en el memorando M20181400003463 del 25 de junio de 2018. Motivo por el cual al presente caso le son aplicables las mismas consideraciones realizadas en el referido memorando.

2. De la Cesión de Derechos

La cesión de derechos es un negocio jurídico por el cual una de las partes (cedente) transmite a la otra (cesionario) la titularidad jurídica que ostenta sobre una cosa, tratándose de derechos reales, o sobre otra persona, en cuanto a los derechos personales o de obligación.

El artículo 1959 del Código Civil, establece las formalidades que debe tener el contrato de cesión en los siguientes términos:

"ARTICULO 1959. FORMALIDADES DE LA CESIÓN La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento"

Ahora bien, el artículo 1960 *Ibidem* condiciona los efectos de la cesión de derechos ante el deudor y ante terceros a la notificación y debida aceptación. Bajo este presupuesto es procedente recordar que Prosperidad Social mediante la Resolución 00016 del 4 de enero de 2019, reconoció la existencia de la cesión de derechos económicos de los valores generados por concepto de administración y servicios públicos entre Promotora de Comercio Inmobiliaria PROCOMERCIO S.A. y LA INMOBILIARIA SANMARTIN SAS.

3. Del caso en concreto

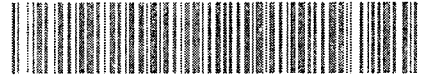
En lo referente a la procedencia del embargo de los cánones de arrendamiento, como se señaló en el memorando M20181400003463 del 25 de junio de 2018, Prosperidad Social no tiene la competencia ni la posibilidad de definir la fecha de constitución del crédito, por lo cual en principio no le es posible establecer si opera la excepción de embargabilidad contenida en el artículo 1238 del Código de Comercio.

No obstante, ante la información aportada por el Juzgado Sesenta y Cuatro (64) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, se estima que el título contentivo de la obligación, el laudo arbitral del 1º de marzo de 2018 proferido con ocasión de la controversia entre el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación- ICFES y Promotora de Comercio Inmobiliario S.A -PROCOMERCIO



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2019-1400-007774

Fecha: 27/03/2019

S.A, fue expedido con posterioridad a los contratos de fiducia FA-393 de 2008 y el Contrato Fiduciario FA-270 SANMARTIN del 31 de octubre de 2006. Por lo cual en principio los valores por cánones de arrendamiento no podrían ser objeto de embargo toda vez que toda vez que los derechos económicos del Contrato de arrendamiento No. 486 de 2018, no se encuentran en cabeza de Procomercio S.A, sino en cabeza del PATRIMONIO AUTONOMO ACCION FIDUCIARIA bajo la modalidad de fiducia.

De igual manera, en lo referente a los valores generados por concepto de administración, los mismos fueron objeto del contrato de cesión el 1 de agosto de 2015, por lo cual actualmente no hacen parte del patrimonio de Promotora de Comercio inmobiliaria PROCOMERCIO S.A., sino pertenecen a LA INMOBILIARIA SAN MARTIN SAS.

Bajo estas consideraciones 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 tanto los cánones de arrendamiento como las cuotas de administración no se encuentran dentro de la órbita de disponibilidad de Procomercio S.A.

III. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto, la respuesta al problema jurídico planteado consistente en determinar si se debe efectuar el embargo de créditos a la empresa Promotora de Comercio Inmobiliario S.A Procomercio S.A con ocasión del embargo contenido en el Oficio- No. J64-20190180, expedido por el Juzgado Sesenta y Cuatro (64) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Tercera, en comienzo es negativa, toda vez que de la información aportada se puede inferir que las acreencias que devienen en el embargo son posteriores a la conformación de la fiducia y porque las cuotas de administración, en virtud de la cesión de derechos existente en el presente caso, son de la inmobiliaria San Martín S.A.S., y no de PROCOMERCIO.

En este orden de ideas, se recomienda al GIT – Tesorería abstenerse de realizar el embargo solicitado en Oficio- No. J64-20190180, y proceder de conformidad con lo estipulado en el artículo 593 del Código General del Proceso, es decir, informar al Juzgado Sesenta y Cuatro (64) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá 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 Marin, y el Contrato de Fiducia Mercantil FA-393 de 2008 del 31 de octubre de 2006 aportando la correspondiente documentación para sustentar .

De igual modo, se deberá tener presente lo dispuesto en el párrafo del artículo 594 del Código General del Proceso, que señala:

"Parágrafo. Los funcionarios judiciales o administrativos se abstendrán de decretar órdenes de embargo sobre recursos inembargables. En el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia.

Recibida una orden de embargo que afecte recursos de naturaleza inembargable, en la cual no se indicare el fundamento legal para la procedencia de la excepción, el destinatario de la orden de embargo, se podrá abstener de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargable de los recursos. En tal evento, la entidad destinataria de la medida, deberá informar al día hábil siguiente a la autoridad que decretó la medida, sobre el hecho del no acatamiento de la medida por cuanto dichos recursos ostentan la calidad de inembargables. La autoridad que decretó la medida deberá pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de envío de la comunicación, acerca de si procede alguna excepción legal a la regla de inembargabilidad. Si pasados tres (3) días hábiles el destinatario no se recibe oficio alguno, se entenderá revocada la medida cautelar.

A



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2019-1490-007774

Fecha: 27/03/2019

En el evento de que la autoridad judicial o administrativa insista en la medida de embargo, la entidad destinataria cumplirá la orden, pero congelando los recursos en una cuenta especial que devengue intereses en las mismas condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el débito por cuenta del embargo. En todo caso, las sumas retenidas solamente se pondrán a disposición del juzgado, cuando sobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene."

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.

Con el objetivo de implementar políticas para fomentar el aprendizaje organizativo y gestión del conocimiento, la Oficina Asesora Jurídica presenta los conceptos jurídicos expedidos en desarrollo de su función consultiva, en el siguiente vínculo:
<https://intranet.prosperidadsocial.gov.co/sgi/SitePages/ConceptosJur%C3%ADdica.aspx>

Atentamente,

LUCY EDREY ACEVEDO MENESES
Jefe de Oficina
Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Omar Alberto Baron Avendaño
Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño
Folios: 6
Anexo: 0
Copia: Jeanet Garzon Urrea - Técnico Administrativo
GIT Tesorería