**EMBARGO Y RETENCIÓN DE DINEROS QUE LA FIDUCIARIA LA PREVISORA COMO ADMINISTRADORA DEL FOMAG TIENE EN CUENTAS BANCARIAS – Procedencia.**

En el sub examine, se tiene que el a quo considera que el embargo y retención de dineros que la Fiduciaria la Previsora como Administradora del Fondo en la cuenta de ahorros Nº 309-004422 no era procedente, por lo que dejo sin efectos el auto del 8 de octubre de 2021 mediante el cual decretó el respectivo embargo, y niega la solicitud de embargo relacionada con las cuentas N° 311-002224, 311-017677, 311-154009 y 309- 004422 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Nº 309-035293 de la FIDUPREVISORA, por improcedente.Al revisar el expediente, se encuentra que la parte ejecutante solicitó el embargo y retención de dineros las cuentas N° 311-002224, 311-017677, 311- 154009 y 309-004422 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Nº 309-035293 de la FIDUPREVISORA

Por su parte, el Banco BBVA mediante oficio Nº 070 (Indicie 115 SAMAI - expediente digital - anexo 19 f. 2) señaló que la Fiduciaria la Previsora S.A que administra los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, poseía las siguientes cuentas: a Sala precisa que las cuentas bancarias N° 311-002224, 311-017677, 311- 154009 y 309-004422, tenidas en cuenta para resolver la medida cautelar por parte de la primera instancia, fueron las certificadas por el banco BBVA y se encuentran a nombre de Fiduprevisora - Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio cuya administración le corresponde a la sociedad Fiduprevisora S.A. En ese orden, en virtud del artículo 3º de la Ley 91 de 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial sin personería jurídica, pero con independencia patrimonial que tiene la posibilidad de asumir sus propias obligaciones. Entonces, si bien, quien tiene la capacidad para ser parte en estos litigios es la Nación y comparece al proceso a través del Ministerio de Educación, el manejo presupuestal de los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales es del FOMAG. En efecto, en providencias de este Tribunal se ha indicado que, así como los recursos del FOMAG no pueden emplearse para el pago de otros compromisos contraídos por el Ministerio de Educación, tampoco los recursos del presupuesto general de esta cartera pueden destinarse para satisfacer obligaciones propias del fondo, como el pago de prestaciones a favor de docentes. En ese sentido, al denegarse la medida cautelar de embargo y retención de dinero de recursos depositados en las cuentas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuya administración está en cabeza de la Fiduprevisora, la Sala no comparte la decisión recurrida en apelación, pues las cuentas N° 311-002224, 311-017677, 311- 154009 y 309-004422, tenidas en cuenta para resolver la medida cautelar por parte de la primera instancia, fueron las certificadas por el banco BBVA y se encuentran a nombre del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio cuya administración le corresponde a la sociedad Fiduprevisora S.A con Nit.: No. 860.525.148-5. Bajo ese entendido, se tiene que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio goza de propiedad sobre los recursos depositados en las cuentas bancarias indicadas, de ahí que, se encuentran dentro de su patrimonio. Ahora, en cuanto a las excepciones de inembargabilidad tenemos que en este caso el título ejecutivo es la sentencia judicial dictada en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que fue parte la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. Por lo anterior, al advertirse que se cumple con las excepciones establecidas para el decreto y embargo de dineros por tratarse de una sentencia judicial ejecutando el pago de acreencias laborales, los recursos están depositados a nombre del FOMAG, resulta procedente su congelamiento.

**EMBARGO DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES - Si pueden ser afectados salvo que la obligación que se ejecutara tuviera su origen en recursos como servicios públicos, salud, educación preescolar, primaria, secundaria y media y servicios de agua potable y saneamiento básico / EMBARGO DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES – Procedencia como quiera que se verifica el cumplimiento de las excepciones a la regla general de inembargabilidad como quiera que el cobro exigido tiene su origen en una sentencia judicial para satisfacer créditos laborales / CONRATO DE FIDUCIA PÚBLICA - Es un contrato con el cual no se trasfiere el derecho de dominio sobre los bienes fideicometidos y por ello no se crea un patrimonio autónomo lo cual implica que permanecen como garantía de los acreedores fiduciantes.**

Ciertamente, en providencia proferida el 21 de julio de 2017 el Consejo de Estado, C.P. Carmelo Perdomo dentro del radicado Nº 08001233100020070011202, sostuvo que “... debido a que el objeto del proceso ejecutivo bajo su análisis es obtener el cumplimiento compulsivo de una sentencia judicial, la prohibición de embargo sobre los recursos del FOMAG pierde su fuerza, por lo cual estos pueden fungir como garantía de la deuda que la demandada tiene para con su afiliado. Especial prevalencia se predica de la pretensión cautelar del caso puesto que el crédito cuyo pago se demanda, además de mostrarse como una orden judicial, se relaciona con una prestación de origen laboral, a saber, el derecho a percibir una pensión”. También dejó en claro que, conforme a la providencia del 25 de abril de 2004 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a diferencia del ámbito mercantil, la fiducia pública es un contrato con el cual no se trasfiere el derecho de dominio sobre los bienes fideicometidos y por ello no se crea un patrimonio autónomo lo cual implica que permanecen como garantía de los acreedores fiduciantes. En la providencia citada se enfatizó: “Pues bien, aun cuando ciertos componentes del erario han sido revestidos por la ley y la Constitución con una protección especial para evitar su sustracción del peculio estatal como prenda garante del pago de sus obligaciones, la rigurosidad de tal restricción cede si, tras haberse vencido el plazo para que la autoridad correspondiente cumpliera voluntariamente (legal o contractual), esta no ha satisfecho los créditos de origen laboral, ni los impuestos en una sentencia ni aquellos que surgen de la actividad estatal de la contratación (...)”. Nótese como la jurisprudencia es clara en señalar que la veda a la inembargabilidad cede cuando se trate de satisfacer acreencias laborales, lo cual se corresponde con la excepción que la Corte Constitucional estableció para la satisfacción de obligaciones de carácter laboral que gozan de una protección especial en el ordenamiento superior. En conclusión, el ejecutante pidió el embargo de cuentas cuya titularidad recae en el FOMAG, los recursos del Sistema General de Participaciones - SGP **sí** pueden ser afectados salvo que la obligación que se ejecutara tuviera su origen en recursos como servicios públicos, salud, educación preescolar, primaria, secundaria y media y servicios de agua potable y saneamiento básico; se verifica el cumplimiento de las excepciones a la regla general de inembargabilidad como quiera que el cobro exigido tiene su origen en una sentencia judicial, entonces la cautela resulta ser procedente a las luces de lo expuesto. En estas condiciones, se revocará el auto impugnado al encontrar que el embargo y retención de los recursos depositados en las cuentas bancarias que posea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG cuya administración le corresponde a la sociedad Fiduprevisora S.A., identificada con Nit.: No. 860.525.148-5, en el banco BBVA, es procedente por lo que se ordenará al juez de primera instancia que previo el cumplimiento de los requisitos legales, proceda a decretar la medida cautelar, limitándola hasta el 150% del valor que resulte de la obligación de conformidad con el artículo 602 del Código General del Proceso.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333010201700060021500123> |

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA DE DECISIÓN No. 2**

Tunja, 27 de julio de 2022

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Proceso  | : | Ejecutivo  |
| Demandante | : | Stella Murillo de Ávila  |
| Demandado | : | Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  |
| Expediente | : | 15001-33-33-010-2017-00060-02 |

Magistrado Ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Decide la Sala el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado de la parte ejecutante contra el auto del 2 de diciembre de 2021, mediante el cual el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja **negó el desembargo y retención de dineros** en las cuentas Nº 311-00224, 311-017677, 311-154009 y 309-004422 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1. **ANTECEDENTES**

En el trámite del proceso ejecutivo de la referencia, el a quo mediante auto del 8 de octubre de 2021 resolvió decretar el embargo y retención de dineros que la Fiduprevisora como Administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio posee en la cuenta Nº 309-004422, y libró el correspondiente oficio al Banco Agrario de Colombia con la nota de embargo por la suma de $14.000.000.

No obstante lo anterior, el **22 de noviembre de 2021,** el apoderado de la parte ejecutada Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presenta solicitud de levantamiento de embargo, argumentado que los dineros de los cuales se dispone el embargo son del Presupuesto General de la Nación, y que el FOMAG es una cuenta especial de la Nación, creada en virtud de la 91 de 1989, sin personería jurídica con independencia patrimonial, contable y estadística y por tanto los recursos que reposan en las cuentas bancarias a nombre del Fondo corresponden una entidad fiduciaria, es decir tienen destinación específica, de carácter inembargable, son un patrimonio autónomo.

**II. PROVIDENCIA APELADA**

A través de auto del 2 de diciembre de 2021, el Juez Catorce Administrativo de Tunja resolvió la solicitud de la parte ejecutada tendiente al levantamiento del embargo y entrega de títulos judiciales, considerando que no debió dar la orden contenida en el auto del 8 de octubre de 2021, pues si bien especificó que la cuenta pertenecía al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio ésta es administrada por la Fiduciaria la Previsora S.A.

Señaló que el contrato celebrado entre el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora S.A. es de carácter mercantil, por lo que resultan aplicables las normas del Código del Comercio, y que al constituir los recursos del Fondo un patrimonio separado de la Fiduprevisora S.A., el derecho de domino no figura en cabeza del Fondo resultando que los bienes no pueden ser perseguidos por sus acreedores cuando las deudas no sean anteriores a su constitución.

Y, en ese orden, indicó que el decreto y embargo de los dineros que Fiduprevisora como administradora del Fondo posee en la cuenta de ahorros Nº 309-004422, no resultaba procedente y debía negarse, en consecuencia, dejó sin efectos el auto del 8 de octubre de 2021 que decretó el embargo, y dispuso negar la medida cautelar, argumentando que los autos ilegales no atan al juez y que al resultar procedente la solicitud elevada por la ejecutada la solicitud de desembargo debía resolverse favorablemente.

**III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte ejecutante a través de escrito radicado el 7 de diciembre de 2021, presentó el recurso de apelación el cual sustenta así:

Que si bien es cierto que el numeral 11 del artículo 597 del C.G.P. establece la posibilidad de levantar una medida cautelar, esa potestad no es absoluta, así como tampoco afirmar que el decreto de la medida cautelar es improcedente por no existir bienes y recursos de propiedad de la ejecutada.

Que se desconoce el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a la procedencia de embargo de dineros, además de considerarlo un retroceso en la administración de justicia, y que dilata injustificadamente los resultados positivos del proceso ejecutivo.

Señaló que no es cierto que los recursos que maneja la fiducia dejan de ser de propiedad de la entidad fideicomitente, que los mismos siguen siendo de su propiedad, y que la fiducia solamente sigue cumpliendo las funciones o parámetros establecidos en el objeto mercantil cual es el pago de las prestaciones de los docentes.

Finalmente, arguye que la orden judicial fué el embargo de los dineros que Fiduprevisora pose como administradora del FNPSM, embargo de sus propios recursos, resultando legal y debiendo mantenerse la decisión de embargo.

**De la concesión del recurso**

Mediante auto del 3 de febrero de 2022, el Juez Catorce Administrativo de Tunja concede para ante esta corporación el recurso en efecto devolutivo.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Previamente se dirá que la Ley 1437 de 2011 no contempla un procedimiento especial para efectos del trámite del proceso ejecutivo, por eso en virtud del artículo 308 ídem, para los aspectos no regulados, debe acudirse al C.P.C., hoy normas del C.G.P.

**El artículo 321 del C.G.P.,** establece que el auto que resuelva la medida cautelar es susceptible del recurso de apelación**,** a su vez, el artículo 20 de la Ley 2080 que modifica el artículo 125 del CPACA establece que:

**“2**. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:

(…)

**h)** El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar. En primera instancia esta decisión será de ponente.

(…)**”**

Con esta normativa, es claro que la Sala de Decisión, es la competente para resolver la apelación del auto que niega el decreto de la medida cautelar de embargo y retención de dineros. En consecuencia, al tenor de las normas transcritas, la competencia corresponde a la Sala.

 **2. El problema por resolver**

Corresponde a la Sala en sede de apelación determinar si hay lugar a revocar el auto de **2 de diciembre de 2021**, proferido por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante el cual negó la medida cautelar solicitada por la parte actora, al considerar que en virtud del contrato de fiducia entre el FOMAG y FIDUPREVISORA, no es procedente la cautela solicitada respecto de las cuentas corrientes N° 311-002224, 311-017677, 311-154009 y 309- 004422 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y 309-035293 de la FIDUPREVISORA.

Para resolver este cuestionamiento el despacho hará las siguientes consideraciones:

1. **De la medida cautelar de embargo**

Las medidas cautelares, según la Corte Constitucional[[1]](#footnote-1), son aquellos instrumentos con los cuales se protege la integridad de un derecho que es controvertido, es decir, que el ordenamiento propende por salvaguardar los intereses de quien acude a las autoridades para reclamarlo –el derecho- para que, en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, la sentencia sea materialmente ejecutada:

“Así, constituyen una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, no sólo porque garantiza la efectividad de las sentencias, sino además porque contribuye a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que **asegura que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces.** Las medidas cautelares tienen por objeto **garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado**” Negrilla del despacho.

Entonces, las medidas cautelares, entendidas como garantía del derecho, tienen un carácter protector, independientemente de la decisión que se profiera, pues su naturaleza es meramente temporal en tanto pueden modificarse o suprimirse a voluntad del acreedor o por el cumplimiento de la obligación; es decir, que se mantienen únicamente mientras subsistan las situaciones de hecho y de derecho que dieron lugar a su decreto.

En esas condiciones, como la medida cautelar dispone a priori de un derecho, se deben cumplir unos requisitos mínimos, no solo por parte del solicitante sino del juez para determinar su procedencia.

El artículo 599 del Código General del Proceso dispone:

**“ARTÍCULO 599. EMBARGO Y SECUESTRO**. Desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado.

(…)

El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad.”

De otra parte, el objetivo de la inembargabilidad de los recursos públicos consiste en proteger los dineros del Estado para garantizar el cumplimiento de los postulados constitucionales y asegurar el desarrollo de los fines del mismo dando prevalencia al interés general, por tal razón, la Constitución y la ley han determinado qué bienes ostentan tal calidad*.*

**4. Naturaleza del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG**

El artículo 3.º de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG– de la siguiente forma:

“(…) Artículo 3º. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una **cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.** Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministerio de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad. (…)” (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Asi, pues, el FOMAG es una cuenta especial sin personería jurídica, pero con independencia patrimonial, que según lo establecido en el artículo 5 ib., tiene dentro de sus funciones “efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado”, sin que puedan destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente.

De manera que elmanejo presupuestal de los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales, difiere de los demás que administra la entidad.

El Consejo de Estado en providencia del 21 de julio de 2017, en donde se estudiaba una petición de medida cautelar, consistente en el embargo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, precisó:

“(…) En suma, tanto la legislación vigente como la jurisprudencia constitucional que la ha depurado establecen que, **no obstante, el principio de inembargabilidad de los recursos públicos sirve de base para el desarrollo del Estado social de derecho, su aplicación cede cuando de satisfacer ciertas obligaciones se trata, puntualmente si estas son de estirpe laboral, se derivan de sentencias judiciales o constan en títulos emanados de la Administración**.

Por ello, en el evento de acudir ante un juez de la República para perseguir el pago de esa gama de créditos, los recursos del presupuesto general podrán sustraerse del patrimonio de la Nación, en igual medida a otros bienes preliminarmente inembargables, cuando la entidad deudora no haya adoptado las medidas necesarias para satisfacerlos en los términos de los artículos 192 del CPACA o 177 del CCA, según corresponda, salvo cuando el crédito sea de naturaleza contractual, caso en el que se aplicarán los términos del contrato (…).

En conclusión, frente a eventos relacionados con la satisfacción de créditos u obligaciones de carácter laboral, así como aquellos derivados de contratos estatales y los reconocidos en fallos judiciales, el principio general de inembargabilidad de los recursos públicos pierde su supremacía, pues su afectación es necesaria para hacer efectivos otros principios de orden fundamental como la igualdad, la dignidad humana y el derecho al trabajo, cuya garantía también corre por cuenta del Estado.

Por consiguiente, debido a que el objeto del proceso ejecutivo bajo análisis es obtener el cumplimiento compulsivo de una sentencia judicial, **la prohibición de embargo sobre los recursos del Fomag pierde su fuerza, por lo cual estos pueden fungir como garantía de la deuda que la demandada tiene para con su afiliado. Especial prevalencia se predica de la pretensión cautelar del caso, puesto que el crédito cuyo pago se demanda, además de mostrarse como una orden judicial, se relaciona con una prestación de origen laboral, a saber, el derecho a percibir una pensión** (…)[[2]](#footnote-2)”. (Destacado por el Despacho)

Entonces, **s**e considera que el contrato de fiducia mercantil celebrado entre el Ministerio de Educación Nacional y la Sociedad Fiduciaria en el año 1990 cuyo fin es administrar e invertir los recursos destinados al pago de prestaciones de los docentes tiene carácter mercantil y por ello se le aplican las normas del Código del Comercio, cuyo artículo 1238 previó que los bienes objeto de esa clase de negocios fiduciarios no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, de manera que no sería procedente la solicitud de medida cautelar[[3]](#footnote-3).

No obstante, el máximo órgano de la jurisdicción ha señalado que la fiducia pública es un contrato con el cual **no se trasfiere el derecho de dominio y por tanto no se crea con él un patrimonio autónomo**[[4]](#footnote-4) , de modo que los recursos fideicomitidos siguen siendo públicos y, por tanto, **pueden ser objeto de medidas cautelares** orientadas a hacer efectivas obligaciones de carácter laboral.

 **5. De los bienes inembargables**

En virtud del artículo 19 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, en principio y a título de regla general, debe darse aplicación al principio de inembargabilidad de los recursos, no obstante, el mismo admite excepciones en determinados casos según lo ha sostenido la jurisprudencia.

El artículo 594 Código General del Proceso, establece en el tema de bienes inembargables lo siguiente:

**“****BIENES INEMBARGABLES.** Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

1. Los bienes, **las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación** o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.
2. (…)

**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.**

**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 cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene.”** (Negrilla propia)

De la norma transcrita se deduce que son recursos inembargables, entre otros, los recursos del Sistema de Seguridad Social, **las rentas incorporadas al Presupuesto General de la Nación,** los recursos del Sistema General de Participaciones –SGP- y los recursos del Sistema General de Regalías.

No obstante, lo anterior, la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha sostenido que el citado principio respecto del presupuesto de las entidades y órganos del Estado, encuentra algunas excepciones cuando se trate de[[5]](#footnote-5):

“ i) **la satisfacción de créditos u obligaciones de origen laborales, necesaria para realizar el principio de dignidad humana y efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas[[6]](#footnote-6);**

ii) sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidas en dichas decisiones[[7]](#footnote-7); y

iii) títulos que provengan del Estado[[8]](#footnote-8) que reconozcan una obligación clara, expresa y actualmente exigible[[9]](#footnote-9).  Tanto valor tiene el crédito que se reconoce en una sentencia como el que crea el propio Estado a través de los modos o formas de actuación administrativa que regula la ley.”

La sentencia C-354 de 1997, confirmó la aplicación del principio de inembargabilidad de las rentas y recursos de los presupuestos públicos y, en relación con **las excepciones a tal principio, consideró que éstas incluyen tanto las sentencias y actos administrativos, como las demás obligaciones claras expresas y exigibles a cargo del Estado**; igualmente, adujo que el principio de inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación **admite excepciones** sin que ello signifique la posibilidad indiscriminada de embargabilidad. En la sentencia C-793 de 2002[[10]](#footnote-10) sostuvo:

“De las anteriores consideraciones se desprende un conflicto entre dos valores que deben ser sopesados y analizados para tomar una decisión sobre la exequibilidad de las normas demandadas: el primero de estos valores tiene que ver con la protección de los recursos económicos del Estado y del interés general abstracto que de allí se desprende.  El segundo valor en conflicto está vinculado con la efectiva protección del derecho fundamental al pago del salario de los trabajadores vinculados con el Estado.

Como ya fue señalado, la Corte Suprema de Justicia bajo el imperio de la Constitución anterior resolvió el conflicto normativo en favor de la norma legal y del interés general abstracto que ella respalda.

 **La Corte Constitucional, en cambio, sostiene que, en todo caso de conflicto entre los valores mencionados, debe prevalecer el derecho de los trabajadores a la efectividad del pago de su salario.** El énfasis en esta afirmación, que no admite excepción alguna, sin embargo, no impide que esta Corte admita la importancia del interés general abstracto.

(...)

La embargabilidad indiscriminada de toda suerte de acreedores, nacionales y extranjeros, expondría el funcionamiento mismo del Estado a una parálisis total, so pretexto de la satisfacción de un cobro judicial de un acreedor particular y quirografario.

Tal hipótesis es inaceptable a la luz de la Constitución de 1991, pues sería tanto como hacer prevalecer el interés particular sobre el interés general, con desconocimiento del artículo primero y del preámbulo de la Carta.

(...) el legislador posee facultad constitucional de dar, según su criterio, la calidad de inembargables a ciertos bienes; desde luego, siempre y cuando su ejercicio no comporte transgresión de otros derechos o principios constitucionales.

Justamente el legislador colombiano, en las disposiciones controvertidas de la Ley 38 de 1989, ha hecho cabal desarrollo de la facultad que el artículo 63 Constitucional le confiere para, por vía de la Ley, dar a otros bienes la calidad de inembargables.

**Sin embargo, debe esta Corte dejar claramente sentado que este postulado excluye temporalmente, el caso en que, la efectividad del pago de obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de relaciones laborales exige el embargo de bienes y recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación.**

# Como claramente se desprende de los considerandos que anteceden, por mandato imperativo de la Carta, que también es de obligatorio acatamiento para el juez constitucional, los derechos laborales son materia privilegiada que se traduce, entre otras, en la especial protección que debe darles el Estado.

(...)

En este orden de ideas, el derecho al trabajo, por su especial protección en la Carta y por su carácter de valor fundante del Estado social de derecho, merece una especial protección respecto de la inembargabilidad del presupuesto.

**En consecuencia, esta Corporación estima que los actos administrativos que contengan obligaciones laborales en favor de los servidores públicos deben poseer la misma garantía que las sentencias judiciales, esto es, que puedan prestar mérito ejecutivo -y embargo-** a los dieciocho (18) meses después de haber sido ejecutoriados, de conformidad con el artículo 177 del código contencioso administrativo (...)

**En consecuencia, esta Corte considera que en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.”[[11]](#footnote-11)**

Entonces, la regla general es la inembargabilidad de las rentas y recursos del Estado, y **la excepción** la constituye la procedencia de la medida cautelar cuando se trate del pago de sentencias y demás obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo de las entidades públicas, particularmente, en caso de **acreencias laborales**, los cuales gozan de una protección especial, constitucional.

Finalmente, el criterio referente a las excepciones al principio de inembargabilidad consolidado en la Sentencia C-1154 de 2008, toma en consideración que a pesar de que la regla general es la inembargabilidad de los recursos públicos consagrados en el Presupuesto General de la Nación, dicha cláusula debe ser armonizada con los demás principios y derechos reconocidos constitucionalmente, en tal sentido, la jurisprudencia fijó algunas reglas de excepción al respecto, bajo el fundamento de que no puede perderse de vista que el postulado de la prevalencia del interés general también comprende el deber de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada.

Entonces, la regla general es la inembargabilidad de las rentas y recursos del Estado, y **la excepción** la constituye el pago de sentencias y de las demás obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo de las entidades públicas, particularmente, en caso de acreencias laborales, los cuales gozan de una protección especial constitucional; y, no puede desconocerse que el hecho de prohibir un embargo de ciertos bienes hace ilusorio el derecho a reclamar el pago que se encuentra contenido en un título ejecutivo.

Ahora bien, como se citó en el **parágrafo del artículo 594 del CGP,** los funcionarios judiciales o administrativos pueden abstenerse de decretar las órdenes de embargo sobre bienes que gocen del beneficio de inembargabilidad y establece el trámite para ello; sin embargo, cuando la autoridad judicial insista en la medida, la entidad destinataria debe cumplir la orden “congelando los recursos en cuenta especial que devengue intereses en las mismas condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el debido por cuenta del embargo.”

Fuerza precisar que el juez tiene la obligación de establecer si los dineros objeto de embargo se hallan dentro de aquellos que hacen parte del Sistema General de Participaciones y si la obligación surge de condenas plasmadas en sentencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa o si corresponde a créditos laborales contenidos en actos administrativos.

Sobre el particular en providencia proferida por esta Corporación el 10 de febrero de 2017, Magistrada Ponente Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortíz dentro del radicado Nº 15001 3333 009 2015- 00045 03, indicó:

“…para decretar la medida de embargo el juez siempre debe tener **claridad sobre los bienes frente a los que puede recaer la medida** y **la suma por la cual se va a hacer efectiva**, siempre que los dineros no hagan parte de aquellos que tienen el beneficio de inembargabilidad **a menos que, como en el caso bajo estudio, siéndolo invoque el fundamento legal**; ello no sólo con el fin de adoptar la medida cautelar de embargo conforme a la ley, sino también de velar por la seguridad jurídica y los derechos fundamentales tanto de las personas que acuden a la administración de justicia como de aquellas entidades que son llamadas a juicio en calidad de demandadas, lo anterior, en aras de garantizar el correcto funcionamiento de la función judicial y propender por la estabilidad económica de las partes… “.

**6. La solución en el caso concreto**

En el sub examine, se tiene que el a quo considera que el embargo y retención de dineros que la **Fiduciaria la Previsora** como Administradora del Fondo en la cuenta de **ahorros Nº 309-004422** no era procedente, por lo que dejo sin efectos el auto del 8 de octubre de 2021 mediante el cual decretó el respectivo embargo, y niega la solicitud de embargo relacionada con las cuentas N° 311-002224, 311-017677, 311-154009 y 309- 004422 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Nº 309-035293 de la FIDUPREVISORA, por improcedente.

Al revisar el expediente, se encuentra que la parte ejecutante solicitó el embargo y retención de dineros las cuentas N° 311-002224, 311-017677, 311- 154009 y 309-004422 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Nº 309-035293 de la FIDUPREVISORA

Por su parte, el Banco BBVA mediante oficio Nº 070 (Indicie 115 SAMAI - expediente digital - anexo 19 f. 2) señaló que la Fiduciaria la Previsora S.A que administra los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, poseía las siguientes cuentas: a Sala precisa que las cuentas bancarias N° 311-002224, 311-017677, 311- 154009 y 309-004422, tenidas en cuenta para resolver la medida cautelar por parte de la primera instancia, fueron las certificadas por el banco BBVA y se encuentran a nombre de **Fiduprevisora - Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio** cuya administración le corresponde a la sociedad Fiduprevisora S.A.

En ese orden, enen virtud del artículo 3º de la Ley 91 de 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial sin personería jurídica, pero con independencia patrimonial que tiene la posibilidad de asumir sus propias obligaciones. Entonces, si bien, quien tiene la capacidad para ser parte en estos litigios es la Nación y comparece al proceso a través del Ministerio de Educación, el manejo presupuestal de los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales es del FOMAG.

En efecto, en providencias de este Tribunal se ha indicado que, así como los recursos del FOMAG no pueden emplearse para el pago de otros compromisos contraídos por el Ministerio de Educación, tampoco los recursos del presupuesto general de esta cartera pueden destinarse para satisfacer obligaciones propias del fondo, como el pago de prestaciones a favor de docentes.

En ese sentido, al denegarse la medida cautelar de embargo y retención de dinero de recursos depositados en las cuentas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuya administración está en cabeza de la Fiduprevisora, **la Sala no comparte la decisión recurrid**a en apelación, pues las cuentas N° 311-002224, 311-017677, 311- 154009 y 309-004422, tenidas en cuenta para resolver la medida cautelar por parte de la primera instancia, fueron las certificadas por el banco BBVA y se encuentran a nombre del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio cuya administración le corresponde a la sociedad Fiduprevisora S.A con Nit.: No. 860.525.148-5

Bajo ese entendido, se tiene que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio goza de propiedad sobre los recursos depositados en las cuentas bancarias indicadas, de ahí que, se encuentran dentro de su patrimonio.

Ahora, en cuanto a las excepciones de inembargabilidad tenemos que en este caso el título ejecutivo es la sentencia judicial dictada en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que fue parte la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

Por lo anterior, al advertirse que se cumple con las excepciones establecidas para el decreto y embargo de dineros por tratarse de una sentencia judicial ejecutando el pago de acreencias laborales, los recursos están depositados a nombre del FOMAG, resulta procedente su congelamiento.

Ciertamente, en providencia proferida el 21 de julio de 2017 el Consejo de Estado, C.P. Carmelo Perdomo dentro del radicado Nº 08001233100020070011202, sostuvo que “... debido a que el objeto del proceso ejecutivo bajo su análisis es **obtener el cumplimiento compulsivo de una sentencia judicial, la prohibición de embargo sobre los recursos del FOMAG pierde su fuerza,** por lo cual estos pueden fungir como garantía de la deuda que la demandada tiene para con su afiliado. Especial prevalencia se predica de la pretensión cautelar del caso puesto que el crédito cuyo pago se demanda, además de mostrarse como una orden judicial, se relaciona con una prestación de origen laboral, a saber, el derecho a percibir una pensión”. (Se resalta y subraya).

También dejó en claro que, conforme a la providencia del 25 de abril de 2004 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a diferencia del ámbito mercantil, la fiducia pública es un contrato con el cual no se trasfiere el derecho de dominio sobre los bienes fideicometidos y por ello no se crea un patrimonio autónomo lo cual implica que permanecen como garantía de los acreedores fiduciantes.

En la providencia citada se enfatizó:

“Pues bien, aun cuando ciertos componentes del erario han sido revestidos por la ley y la Constitución con una protección especial para evitar su sustracción del peculio estatal como prenda garante del pago de sus obligaciones, **la rigurosidad de tal restricción cede si, tras haberse vencido el plazo para que la autoridad correspondiente cumpliera voluntariamente (legal o contractual), esta no ha satisfecho los créditos de origen laboral, ni los impuestos en una sentencia ni aquellos que surgen de la actividad estatal de la contratación (...)”.**

Nótese como la jurisprudencia es clara en señalar que la veda a la inembargabilidad cede cuando se trate de satisfacer acreencias laborales, lo cual se corresponde con la excepción que la Corte Constitucional estableció para la satisfacción de obligaciones de carácter laboral que gozan de una protección especial en el ordenamiento superior[[12]](#footnote-12).

En conclusión, el ejecutante pidió el embargo de cuentas cuya titularidad recae en el FOMAG, los recursos del Sistema General de Participaciones - SGP **sí** pueden ser afectados salvo que la obligación que se ejecutara tuviera su origen en recursos como servicios públicos, salud, educación preescolar, primaria, secundaria y media y servicios de agua potable y saneamiento básico; se verifica el cumplimiento de las excepciones a la regla general de inembargabilidad como quiera que el cobro exigido tiene su origen en una sentencia judicial, entonces la cautela resulta ser procedente a las luces de lo expuesto.

En estas condiciones, se revocará el auto impugnado al encontrar que el embargo y retención de los recursos depositados en las cuentas bancarias que posea el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG cuya administración le corresponde a la sociedad Fiduprevisora S.A., identificada con Nit.: No. 860.525.148-5,** en el banco BBVA, es procedente por lo que se ordenará al juez de primera instancia que previo el cumplimiento de los requisitos legales, proceda a decretar la medida cautelar, limitándola hasta el 150% del valor que resulte de la obligación de conformidad con el artículo 602 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Virtual de Decisión Nº 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el auto del 2 de diciembre de 2021 proferido por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja, en cuanto negó la medida cautelar respecto al embargo y retención de los dineros que se encuentran depositados en las cuentas del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG cuya administración le corresponde a la sociedad Fiduprevisora S.A.,** identificada con Nit.: No. 860.525.148-5en el banco BBVA; en consecuencia,

**SEGUNDO: ORDENAR** al Juzgado Catorce Administrativo de Tunja que, previo el cumplimiento de los requisitos legales, proceda a decretar la medida cautelar solicitada por la parte demandante sobre las cuentas bancarias que posea el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG** cuya administración le corresponde a la sociedad Fiduprevisora S.A., identificada con Nit.: No. 860.525.148-5en el banco BBVA, limitándola hasta el 150% del valor del crédito, de conformidad con el artículo 602 del Código General del Proceso

**TERCERO: Sin costas** en esta instancia.

**CUARTO:** En firme ésta providencia, envíese el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones correspondientes.

Esta providencia fue estudiada en decisión de Sala de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

**Magistrado**

1. Sentencia C-523 de 2009. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección B. Exp.: 08001-23-31-000-2007-00112-02 (3679-2014). Consejero Sustanciador: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Medio de control: Proceso ejecutivo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Esta tesis ha sido defendida por el Despacho Nº 5 de este Tribunal en Sala Unitaria. Ver providencia con radicados 15001233300020171019-00 - 150013333014201400200-02. Allí se ha planteado que la medida es viable solo en relación con obligaciones surgidas con anterioridad a la constitución de la fiducia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 25 de marzo de 2004, radicado 76001-23-25-000-2002-00026- 01 (23623). [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr. sentencias C-1154 de 2008 y C-539 de 2010. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. sentencias C-013 de 1993, C-017 de 1993, C-337 de 1993, C-103 de 1994, C-263 de 1994, T-025 de 1995, T.262 de 1997, C-354 de 1997, C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002, C-566 de 2003, C-1064 de 2003 y T-1195 de 2004. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. sentencia C-354 de 1997 C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002 y C-192 de 2005, entre otras. [↑](#footnote-ref-7)
8. Que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. sentencia C-354 de 1997. [↑](#footnote-ref-9)
10. La línea jurisprudencial trazada en este sentido por la sentencia C-546 de 1992, fue reiterada en las sentencias C-013 de 1993, C-107 de 1993, C-337 de 1993, C-103 de 1994 y C-263 de 1994. [↑](#footnote-ref-10)
11. Si bien los anteriores argumentos fueron esbozados en vigencia del Decreto 01 de 1984, en la actualidad tienen plena vigencia, dado que la ley 1437 de 2011 no introdujo cambios de carácter sustancial en ese aspecto. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver sentencia C -1154 de 2008 [↑](#footnote-ref-12)