

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**



Villavicencio, octubre quince (15) de dos mil veinte (2020).

**REFERENCIA: ACCIÓN POPULAR
ACCIONANTE: GERMÁN ANDRES PINEDA BAQUERO
ACCIONADOS: DEPARTAMENTO DEL META y OTROS.
MAGISTRADA: TERESA HERRERA ANDRADE.
EXPEDIENTE: 50001-33-31-007-2008-00270-03**

Resuelve la Sala, en 2ª instancia, el recurso de apelación formulado por la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. –FIDUBOGOTÁ S.A.-, PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ TRANSATLANTICO, PATRIMONIO AUTÓNOMO PROYECTAR, PATRIMONIO AUTÓNOMO COSACOL, PATRIMONIO AUTÓNOMO CARBONERO, PATRIMONIO AUTÓNOMO CHACÓN BERNAL, SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. –FIDUAGRARIA S.A.-, FIDUCIARIA COLPATRIA S.A. y la FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN**, contra el auto proferido el 1 de julio de 2011, por el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, mediante el cual se accedió al decretó la medida cautelar solicitada por el Accionante; así mismo, el recurso de apelación interpuesto por **FIDUAGRARIA S.A.**, contra el auto del 31 de julio de 2014, proferido por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO**.

AUTO APELADO

El **JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO** en auto del 1 de julio de 2011, decretó la medida cautelar de embargo y retención de dineros que se posean en cuentas corrientes o de ahorros en Entidades Bancarias del país, contra las siguientes Entidades : **COOPERATIVA NACIONAL DE CAFETEROS DE CALARCÁ –COOCAFE LTDA.-; INGENIEROS CONTRATISTAS ASOCIADOS S.A. –INCONAL S.A. (CONSORCIO PROYECTAR); BEC INGENIERÍA S.A. (CONSORCIO PROYECTAR); INCOCIVIL LTDA (CONSORCIO PROYECTAR); CHACON BERNAL ASOCIADOS C.I. LTDA; COSA COLOMBIA S.A. –COSACOL S.A.-; INTERMEDIO BIENES Y CAPITALES S.A.; D & PE S.A.; FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. hoy FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.; SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. –FIDUAGRARIA S.A.-; FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN; PARQUES TEMÁTICOS DE COLOMBIA S.A.; FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.;**

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. –FIDUBOGOTÁ S.A.-; VISEMSA BANCA DE INVERSIÓN S.A.; SOCIEDAD DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL EXPORTADORA COLOMBIANA DE CAFÉ S.A. –C.I. ECOCAFE S.A.-; DESARROLLO DE NEGOCIOS S.A.; TRANSATLÁNTICO S.A.; MEREURE PARQUE AGROECOLÓGICO S.A.; ALIANZA FIDUCIARIA S.A.; FIDEICOMISO COOCAFE-VISEMSA- Administrado por CORFICOLOMBIANA S.A.; PATRIMONIO AUTÓNOMO PROYECTAR - Administrado por FIDUAGRARIA S.A.; PATRIMONIO AUTÓNOMO CHACÓN BERNAL- Administrado por FIDUAGRARIA S.A.; PATRIMONIO AUTÓNOMO COSACOL, Administrado por FIDUAGRARIA S.A.; PATRIMONIO AUTÓNOMO CARBONERO, Administrado por FIDUAGRARIA S.A.; PATRIMONIO AUTÓNOMO COSACOL, Administrado por FIDUPETROL S.A.; PATRIMONIO AUTÓNOMO TERMINALES DE TRANSPORTES, Administrado por FIDUPETROL S.A.; PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ TRANSATLANTICO, Administrado por FIDUBOGOTÁ S.A.; PATRIMONIO AUTÓNOMO OIKOS PARQUES TEMÁTICOS DE COLOMBIA, Administrado por ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y PATRIMONIO AUTÓNOMO MEREURE PARQUE AGOINDUSTRIAL, Administrado por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., medida que limitó al 150% del valor de las sumas de dinero, conforme al numeral 11 del artículo 681 del C.P.C., apoyada en los documentos obrantes en el proceso hasta la expedición de esta providencia, dineros que correspondan a lo que no han retornado al patrimonio del **DEPARTAMENTO DEL META, por concepto de cada operación comercial realizada, por su participación en dichas operaciones, más los rendimientos pactados e intereses moratorios generados a la fecha de liquidación.**

En cuanto a las Sociedades **GAS CAPITAL GR S.A., COGEFAR DE GUATEMALA S.A., ALEJANDRO CHAR CHALJUB** (Conforman el Consorcio **BOGOTÁ- FUSA**) y **M.N.V. S.A., VERGEL CASTELLANOS S.A.** (Conforman el Consorcio **REDES CÚCUTA**), observó el Despacho conductor que no fueron vinculadas a este proceso, en razón a los informes rendidos por el **DEPARTAMENTO DEL META** y de la Inspección Judicial practicada que no se evidenció su participación en operaciones vigentes o no canceladas, por tanto, no procede frente a ellas, el decreto de esta medida cautelar.

La Jueza A Quo consideró que se encontraban acreditados los requisitos para acceder a la medida cautelar argumentando que de conformidad a la probanza aportada en el proceso, es incuestionable que existe un derecho presumible y una situación jurídica creíble sobre la existencia de unos negocios y operaciones de naturaleza comercial en el que está involucrado el **DEPARTAMENTO DEL META**, Ente

territorial que hizo unas inversiones, pero su capital, los rendimientos esperados y los intereses moratorios generados por el no pago de estos dineros, no ha retornado a su patrimonio.

Además, como lo estimó el solicitante en la medida cautelar, el **DEPARTAMENTO DEL META** tiene derecho a que los dineros retornen a su patrimonio, estando en peligro, por ser innegable el trámite lento que ha tenido la **ACCIÓN POPULAR**, y con el paso del tiempo, es previsible que corra un mayor riesgo y hasta que se pueda dictar una decisión definitiva, siendo esto constitutivo del segundo requisito para su procedencia.

Expresa que no existe la posibilidad jurídica de una protección inmediata, menos gravosa, pues en providencia del 3 de abril de 2009, en lugar de la solicitud de embargo y secuestro de dineros y bienes, se decretó de oficio, ordenar al Ente territorial afectado que iniciara las acciones judiciales correspondientes en su calidad de acreedor, buscando proteger el derecho en peligro, lo cual hasta el momento no ha sucedido, o al menos no obra prueba alguna al respecto en el expediente, lo que incluso originó que mediante auto del 3 de diciembre de 2009, se abriera incidente de desacato contra los señores **EDUARDO YANOLU MERCHAN** y **RODRIGO PATIÑO PASTRANA**, Funcionarios del **DEPARTAMENTO DEL META** encargados de darle cumplimiento a la orden dada, de manera oficiosa, trámite que si bien aún no ha culminado, sí es suficiente la información brindada por los incidentados para concluir que, independientemente de sus justificaciones, no han iniciado acción alguna contra todos los involucrados en las complejas operaciones comerciales que ponen en riesgo de sufrir un daño al derecho colectivo al patrimonio público del **DEPARTAMENTO DEL META**; que de las Empresas contra las cuales ya se inició una acción, no hay informe de la recuperación de los dineros públicos, manteniéndose el riesgo del derecho colectivo.

Informa que cuenta con documentación adicional aportada por los demandados en sus respectivas contestaciones, destacando de manera especial, el contenido de los anexos arrimados por el **DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN** que constituyen informes oficiales sobre la visita y seguimiento que dicho Ente practicó al **DEPARTAMENTO DEL META**, con ocasión de los negocios comerciales que dieron origen a la presente acción popular, de los que se infiere la participación de los vinculados a este proceso y se dictó la medida cautelar, constituyendo una prueba sumaria que indica una fuerte posibilidad de responsabilidad de los Entes accionados. (Fls. 6 – 17 cuad. 1 medidas cautelares).

RECURSOS DE APELACIÓN

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. –FIDUBOGOTÁ S.A.-

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., solicita se revoque el auto del 1 de julio de 2011, mediante el cual se decretó la medida cautelar de embargo y retención de dineros de sus cuentas corrientes o de ahorros en las Entidades bancarias del país, con fundamento en el literal c) del artículo 26, de la Ley 472 de 1998 y en la carencia de los presupuestos legales exigidos para decretar la medida cautelar; como pretensión subsidiaria pide se fije caución tendiente a evitar el decreto y práctica de medidas cautelares de embargo contra sus cuentas corrientes o de ahorros.

Informa que fue convocada en calidad de parte demandada, de manera oficiosa, por la Jueza, mediante auto del 3 de abril de 2009, en virtud de que al **DEPARTAMENTO DEL META**.

Indica que la medida cautelar resulta improcedente, por cuanto no está **LEGITIMADA EN LA CAUSA POR PASIVA** ya que no realizaron ninguna operación con el **DEPARTAMENTO DEL META**, y la medida cautelar le genera graves perjuicios y se presenta una flagrante vulneración a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de con la misma.

Que al contestar la demanda, se explicó plenamente, que en ningún momento se suscribió los denominados contratos “ofertas comerciales de cesión de derechos de beneficio”, directa ni indirectamente, de la **GOBERNACIÓN DEL META**, con ninguno de sus Funcionarios, o por otra figura contractual parecida; que no ha manejado recursos de dicho Ente territorial, ni le adeuda ningún tipo de dinero, situación que hace nugatoria su vinculación procesal en las resultas del presente proceso, lo que hace improcedente la imposición de la medida cautelar.

Reitera que como no ha realizado operaciones comerciales con el **DEPARTAMENTO DEL META**, ni tiene sumas pendientes de pago a su favor, pues no ha manejado o administrado contratos de encargo fiduciario de recursos públicos provenientes de ese Ente territorial, no existe razón jurídica ni fáctica que sustente su vinculación dentro de la presente acción popular, por lo que considera que su llamamiento en calidad de parte demandada, en la presente actuación y las medidas cautelares decretadas en su contra, resultan ilegítimas.

Insiste en que **FIDUBOGOTÁ S.A.**, no es la persona llamada a responder por los presuntos daños causados, por no ser titular de obligación alguna frente al Departamento, y no lo es, ni de manera directa e indirecta, siendo imposible que haya podido atentar contra el patrimonio de esa Entidad, y por ende, no existe ninguna posibilidad de tener un deber de resarcimiento por los hechos de la demanda.

Explica que los contratos que suscribió **INTERMEDIO BIENES Y CAPITAL** con el **DEPARTAMENTO DEL META**, en virtud de los cuales éste le entregó la suma de \$5.000.000.000, para obtener unos rendimientos equivalentes a \$552.500.000, correspondiendo esta suma, la que debía devolver **INTERMEDIO BIENES Y CAPITAL** al Ente territorial. Que esos dineros fueron girados por **INTERMEDIO BIENES Y CAPITAL** a **TRASATLÁNTICO S.A.**, de sus cuentas propias, y no fueron dineros girados de la **GOBERNACIÓN DEL META**, y como consta en el expediente, **TRASATLANTICO** reconoció expresamente que el origen de los recursos que le entregó en su momento, **INTERMEDIOS BIENES Y CAPITAL** no era de su conocimiento, y al ser **INTERMEDIOS BIENES Y CAPITAL** un acreedor vinculado a un contrato fiduciario, esto es, al ser un beneficiario de un pago, no existe la obligación de la fiduciaria **FIDUBOGOTA S.A.**, conocer el origen de esos recursos iniciales.

Recalca en que los dineros que recibió de parte de **INTERMEDIOS BIENES Y CAPITAL** por parte del **DEPARTAMENTO DEL META**, fueron devueltos a este Ente, la suma exacta de \$ 5.683.219.406, encontrándose completamente acreditada la **FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA** a favor de **FIDUBOGOTA S.A.**, y, por consiguiente, resulta improcedente la medida cautelar decretada en su contra.

Considera qué hay violación a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la medida cautelar, principios que deben ser tenidos en cuenta por el Juez, no sólo por cuanto **FIDUBOGOTÁ.S.A.**, no tiene legitimación en la causa por pasiva, y la medida de embargo y retención de dineros decretados contra sus cuentas corrientes o de ahorros exceden los límites y parámetros legales establecidos en el artículo 681 del C.P.C., atentando contra sus derechos.

Sostiene que el Juzgado se extralimitó del parámetro señalado en la Ley procesal al decretar la medida cautelar hasta el 150% del valor de las sumas de dinero que, con fundamento en los documentos obrantes en el proceso, correspondan a lo que no ha sido retornado al patrimonio del **DEPARTAMENTO DEL META** por concepto de cada operación comercial que dio lugar a la vinculación de cada uno de

los demandados, más los rendimientos pactados y los intereses moratorios generados a la fecha de la liquidación, cuando lo cierto es, que el numeral 11, del artículo 681 del C.P.C., expresamente señala que cuando se trate de dinero en depósitos bancarios o similares, el valor no puede exceder el 50% del valor del crédito y las costas.

Aduce que para decretar las medidas cautelares, tuvo que haberse acreditado la vulneración al derecho colectivo, así como también, que las acciones u omisiones de las vinculadas, fueron las que causaron dicha vulneración o amenaza, prueba indispensable para que la medida cautelar sea procedente, lo que no se encuentra acreditado, incluso, en el auto impugnado el Juzgado guarda silencio en relación con las pruebas que se fundamentan de que la actuación de su poderdante causó dicha vulneración.

Pide de manera subsidiaria, que en caso de no acceder a la petición de revocar el auto del 1 de julio de 2011, se fije caución señalada en la póliza judicial, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 519 del C.P.C., para evitar el embargo y retención de los dineros de las cuentas corrientes y bancarias de **FIDUBOGOTÁ S.A.** (Fls. 18 – 52 cuad. 1 medidas cautelares).

**PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ
TRANSATLANTICO**

Sostiene que está plenamente demostrado que el demandado nunca tuvo relación siquiera indirecta con el **DEPARTAMENTO DEL META**, como quiera que nunca fue su acreedor bajo ningún tipo de relación mercantil, mucho menos de los mentados contratos de mandato u oferta comercial de cesión de derechos de beneficio, con pacto de readquisición.

Indica que el mecanismo fiduciario estructurado a favor de **TRANSATLANTICO S.A.**, se constituyó a instancia de dicha Sociedad y con bienes que no provenían del **DEPARTAMENTO DEL META**, pues **TRANSATLANTICO S.A.** recibió dineros, entre otros, de la sociedad **INTERMEDIO BIENES & CAPITALES S.A.** bajo unas operaciones mercantiles realizadas, entre ellos, denominadas descuento de flujos futuros de la concesión, sin intervención de la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.** ni del patrimonio autónomo.

Considera que no habiendo relación jurídica contractual o extracontractual que vincule al fideicomiso con el **DEPARTAMENTO DEL META** y sus

recursos dinerarios, por sustracción de materia, es fácil colegir que no hay deudas de capital pendientes a favor de la Entidad territorial, ni tampoco rendimientos o intereses remuneratorios o moratorios que aquella deba esperar, máxime cuando es la misma Entidad territorial quien ha declarado, a paz y salvo, a **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, como se desprende de la certificación del 8 de julio de 2011.

Arguye que al no existir relación alguna entre el **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ TRANSATLANTICO** y el **DEPARTAMENTO DEL META**, no se pudo causar ningún tipo de daño o perjuicio derivado de su proceder, por lo que no es dable que con su conducta haya causado o causa un inminente daño a los derechos colectivos que se pretenden proteger, lo cual era fácil de determinar desde el momento mismo en que se radicaron las respuestas de los demandados.

Que la tardanza de la administración de justicia no es un argumento de recibo que tenga suficiente identidad para provocar la medida cautelar, en relación con el **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ TRANSATLANTICO**, ni con la Sociedad fiduciaria que lo administra, incumpléndose el segundo requisito que sustentó el A Quo.

Dice que no es de recibo el tercer argumento del Despacho, en cuanto que la medida cautelar procede porque no existe otra posibilidad de protección inmediata a los derechos supuestamente vulnerados, como quiera que el **DEPARTAMENTO DEL META** no inició las acciones legales como acreedor de las sumas entregadas a intermediarios. Que en el marco regulatorio de la Ley procesal y sustancial, en materia de acciones populares, le da al Juez varias alternativas por medio de las cuales puede decretar otras medidas que estime pertinentes, para prevenir el daño inminente y hacer cesar las que se hubiere causado. Indicó que no es posible que el **DEPARTAMENTO DEL META** inicie acción legal contra su representado o su administrador **FIDUCIARIA BOGOTA S.A**, por la sencilla razón que nunca existió una relación jurídica contractual o extracontractual.

Sostiene que no basta con solicitar la práctica de las medidas cautelares, sino que además debe probarse las acciones u omisiones de los demandados, quienes con su proceder causaron el daño o su inminencia, con lo cual, se justifica la imposición de la medida preventiva.

Afirma que la cautela de embargo y secuestro de sumas de dinero que se posean en cuentas corrientes o de ahorros decretadas por el Despacho en auto del 1 de julio de 2011, no señala la cuantía máxima de la medida, dejando su liquidación para un futuro, lo cual no consulta las normas procesales aplicables, por lo que para hacer efectiva la medida se debe indicar el valor del crédito junto con sus intereses aumentado en un 50%.

Pide se revoque la medida cautelar decretada mediante auto del 1 de julio de 2011, respecto del **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ TRANSATLANTICO**, cuyo vocero y Administrador fue la sociedad **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, y de manera subsidiaria pide se fije caución mediante póliza de compañía de seguros por el monto que el Despacho señale (Fls. 2688-2694 cuad. 13).

PATRIMONIO AUTÓNOMO PROYECTAR ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A.

Plantea que la medida cautelar decretada carece de los requisitos establecidos en el artículo 681 numeral 11 del C.P.C. para la procedencia de la misma, tales como la prestación de una contra cautela, con la cual se garantiza que el demandante abuse indebidamente del derecho que pretende sea reconocido en el trámite del proceso, evitando una irrogación excesiva de perjuicios al demandado, máxime si se tiene en cuenta que la medida se realiza prescindiendo de una valoración probatoria completa y de la reflexión y análisis de una contradicción.

Informa que el actor popular no prestó, ni ofreció prestar la caución exigida por la Ley, para garantizar que la medida cautelar no resultara excesiva ni generara ningún perjuicio desmesurado al deudor, toda vez que por el quantum del embargo, resulta indispensable que dicho requisito sea observado.

Reprocha que el Despacho se limita a realizar un análisis únicamente de las pruebas aportadas por el accionante, y no de la totalidad del acervo probatorio obrante en el expediente, pues se desprende con claridad del contrato de fiducia mercantil en virtud del cual se constituyó el **PATRIMONIO AUTÓNOMO PROYECTAR**, así como de las ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición suscritas entre el **DEPARTAMENTO DEL META** y el **CONSORCIO PROYECTAR**, que la obligación de readquirir los derechos, recaía única y exclusivamente en dicha Sociedad comercial, y el patrimonio autónomo, se erigía como mecanismo subsidiario de fuente de pago, en el evento en que aquél incumpliera con

sus obligaciones y si sólo contaba con los recursos para hacerlo, hasta la ocurrencia de los mismos, en el fideicomiso.

Afirma que al ser patrimonio autónomo un tercero en la relación jurídica sustancial trabada entre el **DEPARTAMENTO DEL META** y el **CONSORCIO PROYECTAR**, es el único obligado con el Departamento.

Informa que la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** mediante Auto del 000448 del 8 de septiembre de 2009, comunicado a **FIDUAGRARIA S.A.**, a través de oficio No. 2009EE50647 del 10 de septiembre de 2009, decretó el embargo y secuestro de los bienes y derechos que componen el **PATRIMONIO AUTÓNOMO PROYECTAR**, tornándose inocua la medida adoptada por el Despacho, pues lo perseguido en uno y otro trámite, es la protección del patrimonio público.

Menciona que la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, a través del Auto No. 405-008955 del 27 de mayo de 2010, decretó la apertura del proceso liquidatorio de la Sociedad **INCONAL S.A.**, cuya participación en el **CONSORCIO PROYECTAR** asciende al 90%, y como consecuencia de ello, decretó el embargo y secuestro de la totalidad de los bienes que conforman el haber patrimonial de dicha Sociedad, entre los cuales se encuentran los bienes y derechos que conforman el **PATRIMONIO AUTÓNOMO PROYECTAR**.

Que como el único obligado de conformidad con los actos jurídicos suscritos por el **DEPARTAMENTO DEL META** es el **CONSORCIO PROYECTAR**, el Ente territorial se hizo parte y solicitó el reconocimiento de su acreencia dentro de dicho proceso liquidatorio.

Concluye, que no puede el Juez de la acción popular, pretender mediante el decreto de un embargo, privilegiar la acreencia del **DEPARTAMENTO DEL META** –acreedor de la **SOCIEDAD INCONAL S.A.**- porque desconocería el derecho de la igualdad que le asiste a cada uno de los acreedores de dicha Entidad, de conformidad con el principio de la universalidad que le es propio a los procesos liquidatorios (Fls. 82 – 85 cuad. 1 medidas cautelares) y privilegiar la acreencia del **DEPARTAMENTO DEL META**, acreedor de la **SOCIEDAD D&PE**, ignora el derecho a la igualdad que le asiste a cada uno de los acreedores de dicha Entidad, de conformidad con el principio de universalidad que le es propio de los procesos liquidatorios (Fls. 106 – 109 cuad. 1 medida cautelar).

PATRIMONIO AUTÓNOMO COSACOL ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A

Sustenta en iguales términos el recurso de apelación al del **PATRIMONIO AUTÓNOMO PROYECTAR**, agregando que tal como se desprende del contrato de fiducia mercantil en virtud del cual se constituyó el **PATRIMONIO AUTÓNOMO COSACOL**, así como de las ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición suscritas entre el **DEPARTAMENTO DEL META** y la **SOCIEDAD COSA COLOMBIA S.A.**, la obligación de readquirir los derechos, recaía única y exclusivamente en dicha Sociedad comercial, reiterándose, que el patrimonio autónomo, se erigía como un mecanismo subsidiario de fuente de pago en el evento en que aquél incumpliera sus obligaciones y si contaba con los recursos para hacerlo hasta la concurrencia de los mismos en el fideicomiso.

Resalta que con fundamento en los mismos hechos que originan el presente trámite procesal, la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** mediante auto 0440 del 7 de septiembre de 2009, comunicado a **FIDUAGRARIA S.A.** a través del oficio No. 82113 radicado en **FIDUAGRARIA S.A.** el día 9 de septiembre de 2009, decretó el embargo y secuestro de los bienes y derechos que componen el **PATRIMONIO AUTÓNOMO COSACOL**, con lo cual se torna inocua la medida adoptada por el A-Quo (Fls. 100 – 102 cuad. 1 medida cautelar).

PATRIMONIO AUTÓNOMO CARBONERO ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A

Fundamenta el recurso de apelación con los mismos argumentos esbozados por los anteriores patrimonios autónomos, adicionando que del contrato de fiducia mercantil que en virtud del cual se constituyó el **PATRIMONIO AUTÓNOMO CARBONERO**, así como de las ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición suscritas entre el **DEPARTAMENTO DEL META** y la **SOCIEDAD D&PE**, se desprende que la obligación de readquirir los derechos, recae única y exclusivamente en dicha Sociedad comercial, insistiéndose que el patrimonio autónomo, se erigía como un mecanismo subsidiario de fuente de pago en el evento en que aquel incumpliera con sus obligaciones y solo si contaba con los recursos para hacerlo, hasta la concurrencia de los mismos, en el fideicomiso.

Destaca que con fundamento en los mismo hechos que originan el presente trámite procesal, la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

mediante autos 0440 del 7 de septiembre de 2009 y 00645 comunicado a **FIDUAGRARIA S.A.**, a través de oficios del 8 de septiembre de 2009 y de febrero de 2010 decretó el embargo y secuestro de los bienes y derechos que componen el **PATRIMONIO AUTÓNOMO CARBONERO**, tornándose inocua la medida adoptada por el Despacho, pues lo perseguido en uno y otro trámite, es la protección del patrimonio público.

Menciona que la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, a través del Auto No. 400-024319 del 28 de diciembre de 2010 decretó la apertura del proceso liquidatorio de la **SOCIEDAD D&PE S.A.**, y como consecuencia de lo anterior, se decretó el embargo y secuestro de la totalidad de los bienes que conforman el haber patrimonial de dicha Sociedad, entre los cuales se encuentran, los bienes y derechos que conforman el **PATRIMONIO AUTÓNOMO CARBONERO**.

Es enfático en afirmar que el único obligado con el **DEPARTAMENTO DEL META**, de conformidad con los actos jurídicos, es la **SOCIEDAD D&PE**., quien se hizo parte y solicitó el reconocimiento de su acreencia dentro del proceso liquidatorio.

Culmina diciendo que no puede el Juez en el trámite de Acción Popular, pretender mediante el decreto de un embargo, privilegiar la acreencia del **DEPARTAMENTO DEL META**, acreedor de la **SOCIEDAD D&PE**, pues desconocería el derecho a la igualdad que le asiste a cada uno de los acreedores de dicha Entidad, de conformidad con el principio de universalidad que le es propio de los procesos liquidatorios (Fls. 106 – 109 cuad. 1 medida cautelar).

PATRIMONIO AUTÓNOMO CHACÓN BERNAL ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A.

Endilga los mismos argumentos expresados por los anteriores patrimonios autónomos, añadiendo, que del contrato de fiducia mercantil, mediante la cual se constituyó el **PATRIMONIO AUTÓNOMO CHACÓN BERNAL**, así como de las ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición suscritas entre el **DEPARTAMENTO DEL META** y la **SOCIEDAD CHACÓN BERNAL C.I. LTDA.**, la obligación de readquirir los derechos, recaía única y exclusivamente en dicha Sociedad comercial, repitiendo que el patrimonio autónomo, se erigía como un mecanismo subsidiario de fuente de pago en el evento en que aquél incumpliera con sus obligaciones y si contaba con los recursos para hacerlo, hasta concurrencias de las mismas, en el fideicomiso.

Termina diciendo que, con fundamento en los mismos hechos que originaron el presente trámite procesal, la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** mediante Auto 000449 del 8 de septiembre de 2009, comunicado a **FIDUAGRARIA S.A.**, a través del oficio No. 2009EE50649 del 10 de septiembre de 2009, decretó el embargo y secuestro de los bienes y derechos que componen el **PATRIMONIO AUTÓNOMO CHACÓN BERNAL**, dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 00189, del **DEPARTAMENTO DEL CASANARE** y **META**, tornándose inocua la medida otorgada por el Despacho. (Fls. 131 – 133 cuad.1 medida cautelar).

SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A.-

Expresa que las medidas de embargo y retención de dineros no están previstas como medidas previas en el artículo 25, de la Ley 472 de 1998, sino previstas en el **CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**, específicamente, las del artículo 681 numeral 11, sin embargo, a pesar de esta circunstancia, se omitió como requisito indispensable que el accionante prestara caución para responder por los perjuicios que podrían causarse a los afectados con la medida.

Afirma que la decisión adoptada borra de tajo la separación que existe en Ley, entre el patrimonio de una Entidad fiduciaria y los patrimonios autónomos que ella misma administra, para este caso, los constituidos por virtud de los contratos de fiducia irrevocable de administración y fuente de pago celebrados por **FIDUAGRARIA S.A.** con las **SOCIEDADES CHACÓN BERNAL** y **ASOCIADOS LTDA., D&PE, COSACOL S.A.** y el **CONSORCIO PROYECTAR**, y de aquellos que pertenecen al propio patrimonio de la Entidad.

Que los recursos transferidos directamente por el **DEPARTAMENTO DEL META** fueron entregados a las **SOCIEDADES CHACÓN BERNAL** y **ASOCIADOS LTDA, D&PE S.A.** y **COSACOL S.A.**, fideicomitentes de estos patrimonios autónomos y a los proyectos que esas Sociedades y Consorcio buscaron financiar, y por supuesto, no al patrimonio de **FIDUAGRARIA S.A.**

Sostiene que se debió disponer, a manera de medida previa, la suspensión o la terminación de los contratos de fiducia y la entrega de los dineros existentes en esos patrimonios autónomos como garantía de una eventual orden de restitución que se llegara a dictar en la sentencia que ponga fin al proceso.

Plantea que si el **DEPARTAMENTO DEL META** no fue lo suficientemente diligente como para iniciar, de manera oportuna, las acciones dirigidas a la protección de sus propios recursos, o si tales acciones no han producido mayores resultados, son circunstancias que no pueden servirle al Despacho de base para decretar unas medidas cautelares como las que aquí se han ordenado, ni mucho menos generar efectos adversos a quien, como la Fiduciaria, nada tiene que ver con el adelantamiento o éxito de tales acciones, tampoco pueden servirle de sustento las consideraciones respecto de la demora en el trámite de la acción popular, asunto que, evidentemente, también es ajeno por completo a **FIDUAGRARIA S.A.**

Explica que la **FIDUCIARIA** es una Entidad pública, creada desde el año 1992 como una Sociedad de economía mixta, vinculada al **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**, filial del **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA** y sometida al control y vigilancia de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** y de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, de naturaleza pública, parece haber sido indolentemente despreciada por completo por el Despacho, lo que implica que ella no podría soportar la carga de los supuestos perjuicios sufridos por el **DEPARTAMENTO DEL META**, en contra de su propio patrimonio, el cual se reitera es de naturaleza pública, por lo que las medidas adoptadas carecen de sentido alguno.

Refiere que es impertinente tratar de congelar recursos que también tienen naturaleza pública de una Entidad fiduciaria que los administra, además que la providencia apelada no dice una sola palabra respecto de cuál razón puede haber fundamentado o podría fundamentar la adopción de una medida tan gravosa en relación con la Entidad, preguntándose en qué se beneficiarían los derechos colectivos supuestamente vulnerados por el hecho de que se embarguen dineros que también son públicos, como es el patrimonio de **FIDUAGRARIA S.A.**

Que el **DEPARTAMENTO DEL META**, destinatario de varias ofertas mercantiles de cesión de derechos con pacto de readquisición, decidió aceptar tales ofertas y suscribió los textos que las **SOCIEDADES CHACÓN BERNAL Y ASOCIADOS LTDA.**, **D&PE S.A.**, **COSACOL S.A.** y el **CONSORCIO PROYECTAR**, que le remitieron a efectos de formalizarlas, y quien finalmente dispuso el traslado de determinados dineros por cuenta de dichas Entidades a los patrimonios autónomos y consorcio, todo esto sin participación alguna de la **FIDUAGRARIA S.A.**

Es enfático en afirmar que, **FIDUAGRARIA S.A.**, fue enterada de la firma de los acuerdos en cuestión, con posterioridad, es decir, cuando tales acuerdos ya habían sido celebrados y formalizados, por lo que, los contratos de cesión de derechos de beneficio, al igual que el negocio financiero que se instrumentó por medio de los mismos, vinculan única y exclusivamente, a tales Sociedades, Consorcios y al **DEPARTAMENTO DEL META**.

Insiste en que **FIDUAGRARIA S.A.**, no tiene como función la de validar el contenido de los contratos o de los depósitos que en virtud de ellos se efectúan, de manera que si los recursos invertidos por el **DEPARTAMENTO DEL META** correspondían o no, a excedentes de liquidez o provenían o no de regalías, si podían entregarse a particulares por la vía de contratos, como los de cesión de derechos de beneficio, circunstancias por completo ajenas a ella, pues no debía conocer ni tenía por qué conocer, calificar o aprobar.

Que el estudio de legalidad de la inversión era por definición y por la naturaleza que es propia de este tipo de negocios jurídicos, una obligación exclusiva de la Entidad territorial, y, por lo mismo, absolutamente extraña a la fiduciaria, siendo el **DEPARTAMENTO DEL META**, el responsable por la decisión de inversión de sus propios recursos y, de ser el caso, sus funcionarios o los particulares con quienes esa Entidad territorial celebró los correspondientes contratos, por consiguiente, el patrimonio de la fiduciaria no tiene por qué entrar a responder, mucho menos, con su propio patrimonio, por acciones u omisiones de terceros.

Expresa que el **CONSEJO DE ESTADO** ha sido enfático al señalar que uno de los requisitos para el decreto de una medida cautelar en este tipo de acciones, que se pruebe que en la vulneración esté comprometido, por acción u omisión, el sujeto demandado, asunto que no se encuentra acreditado. Que no puede exigírsele a la Fiduciaria responder por acciones u omisiones de otras Entidades fiduciarias, como sí entre todas ellas existiera solidaridad, aun cuando no tuvo participación alguna, por cuanto todas las gestiones que tuvo que cumplir **FIDUAGRARIA S.A.** se circunscribieron íntegramente al cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago que celebró con sus fideicomitentes, gestiones que se ajustaron en un todo al ordenamiento legal y a las estipulaciones pactadas en dicho contrato.

Reprocha que la medida cautelar adoptada por el Despacho supone una decisión anticipada de fondo del proceso, que afecta a la Entidad Fiduciaria de

manera grave. Que existe otra razón que justifica la oposición de **FIDUAGRARIA S.A.**, y lo es que en los términos del literal c) del artículo 26 de la Ley 472 de 1998, esas medidas causarían a su representada perjuicios de tal gravedad que le harían imposible cumplir un eventual fallo desfavorable, por lo que implicaría que la Entidad ya no existiría para el momento del fallo de fondo, causando un daño irreparable a sus accionistas, que son en más de un 90% el **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.** y el **FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS**, en un porcentaje no mayor al 5%, **GASIN S.A.S.**, **LUIS FERNANDO RAMÍREZ**, **LUIS FERNANDO CRUZ ARAUJO** y **RAFAEL HERNANDO LARA MAYORGA** (Fls 136 – 142 cuad. 1 medida cautelar).

FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.

Afirma que la **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A** no ha celebrado contrato o establecido relación jurídica alguna con el **DEPARTAMENTO DEL META**, ni ha sido receptora de recursos de ese Ente territorial por ningún concepto, además, de ello no es posible endilgarle la transgresión al derecho colectivo de la moralidad administrativa al ser una persona jurídica de derecho privado, presentándose frente a ella una **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**.

Luego de hacer alusión de un extracto de una providencia del **CONSEJO DE ESTADO**, que habló sobre las características y los presupuestos para el decreto de las medidas cautelares dentro de una acción popular, indicó que ninguno de los presupuestos allí señalados se cumplen en este caso, resultando inexplicable la actuación desplegada por el Despacho, al acoger las conjeturas del actor y decretar una medida cautelar con base en hechos no controvertidos procesalmente, con lo cual incurrió en una clara vulneración del derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO**.

Sostiene que las conjeturas del actor no pueden constituir en derecho soporte de medida cautelar alguna, pues ni el daño se precisó, ni se demostró como cierto y real o al menos evidente, y por tanto, la medida cautelar decretada carece de sustento fáctico y jurídico.

Informa que los documentos que obran en el expediente, y a los cuales hace alusión la providencia recurrida, en manera alguna establecen o permiten deducir un atisbo de responsabilidad de la **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.**, por cuanto esta Entidad no ha tenido relación jurídica alguna con el **DEPARTAMENTO DEL META**, y por ende, toda medida cautelar decretada con ignorancia de este axioma, resulta a todas luces improcedente, ilegal e infundada, y hace responsable al Juzgador por las

consecuencias de mantener un acto que vulnera el ordenamiento jurídico (Fls. 156 - 166 cuad. 1 medidas cautelares).

FIDUCIARIA PETROLERA S.A. -FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN

Solicita se revoque el auto impugnado, por ser contrario a lo consagrado por la Ley 472 de 1998 y la Jurisprudencia del **CONSEJO DE ESTADO**, en tanto que en él no hay verificación ni prueba de la procedencia de la medida cautelar respecto a la Entidad, ni se analizaron los posibles perjuicios que con ella podrían causarse.

Considera que la providencia recurrida no cumple con ninguno de los 2 requisitos de procedencia fijados en la Ley 472 de 1998, como lo es la acreditación de la vulneración actual o inminente de un derecho colectivo y que esa vulneración sea por acción u omisión de la Sociedad fiduciaria.

Expresa que en la providencia recurrida se alude a que con las pruebas que obran en el expediente hay certeza de la existencia de un derecho presumible y credibilidad sobre la existencia de unos negocios y operaciones comerciales en las que el **DEPARTAMENTO DEL META** no le han sido devueltas unas sumas que invirtió, ni sus rendimientos e intereses, argumento que no es suficiente para decretar la medida cautelar, por cuanto lo que debió probarse es que la existencia de esos negocios y operaciones en los que habría saldos a favor del Departamento, pero la amenaza o vulnera algún derecho colectivo, no ocurrió.

Expresa que una cosa es que existan obligaciones de las que el Departamento es acreedor, y otra bien distinta es que esas obligaciones constituyan vulneración o amenaza a derechos colectivos, lo que se debe acreditar para que sea procedente la medida cautelar.

Que en la providencia no aparece mención alguna respecto de la presunta responsabilidad particular de la Fiduciaria, ni el grado de participación de la misma en los negocios que se le endilgan, es decir, no se demuestra que está comprometida por acción u omisión en la amenaza o vulneración de algún derecho colectivo.

Considera incorrecto agravar de manera indiscriminada, injustificada y desproporcionada a todos los demandados dentro del trámite de la acción popular, sino utilizar las facultades necesarias para materializar el cumplimiento de la orden que fue proferida, sancionando si a ello hubiese lugar, a quienes no la han cumplido. Destaca que el embargo y retención de dineros, sin límite previamente establecido, es absolutamente gravoso.

Arguye que en la providencia recurrida se señala que la medida cautelar decretada es necesaria, ya que no existe la posibilidad de protección inmediata de otra manera menos gravosa, sin embargo, si existe, y así lo reconoció el A Quo cuando en auto del 3 de abril de 2009 ordenó como medida cautelar que “.. el ente territorial afectado iniciara las acciones judiciales correspondientes en su calidad de acreedor...” (Subraya y negrilla del texto).

Que el texto transcrito entre comillas, permite entrever que para el Despacho el **DEPARTAMENTO DEL META**, en su calidad de acreedor cuenta con unas acciones judiciales más adecuadas que la acción popular para obtener el pago de lo debido, cuestión distinta es que el Ente territorial no haya iniciado las acciones judiciales correspondientes, incumpliendo la orden perentoria del Despacho, pero ello en nada modifica el hecho de que tales acciones existen, que son más adecuadas para la pretensión que se persigue y que son menos gravosas que la medida cautelar decretada.

Dice que el embargo y retención de dineros, sin límite previamente establecido, es absolutamente gravoso, con consecuencias que van hasta la posibilidad de que esta medida cautelar obligue a la Fiduciaria a desaparecer.

Expresa que uno de los requisitos consagrados en el artículo 26 de la Ley 472 de 1998 y recalado por el **CONSEJO DE ESTADO**, es que bajo ninguna circunstancia las medidas cautelares pueden resultar lesivas al mismo derecho, al interés público o al demandado.

Después de transcribir el literal c del referido artículo 26 y el artículo 518, sin especificar frente a este último a que código pertenece, alegó que estas dos normas hacen referencia a la necesidad de limitar el monto de los embargos en dos eventos: para permitir la subsistencia del embargado, esto es, que el embargo no puede ser sobre todo el patrimonio del deudor de forma que no pueda seguir subsistiendo, y para evitar un perjuicio irremediable que le impida cumplir con el fallo.

Expone que los recursos que se reclaman mediante la acción popular, son de tal magnitud, que la aplicación de la regla del 150%, dividida aún entre todos los embargados, implica congelar sumas que representarían el 100% o más, no solo del patrimonio o de los activos totales, sino de los recursos líquidos o en dinero de la Entidad.

Que es previsible que la determinación de la cuantía del embargo deje, de manera absoluta, sin recursos líquidos a la Fiduciaria, causándole el incumplimiento de sus obligaciones, con los consecuentes efectos que ello tiene en términos de intervención y liquidación por parte de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA**, por lo que es lo mismo decir un perjuicio equivalente a la totalidad de su valor como Empresa que inevitablemente debería ser intervenida y de decretarse el embargo ella estaría llamada a perder su patrimonio, debiendo proceder a liquidar o ceder sus negocios a otra fiduciaria, con el consecuente desmonte de la Empresa, generándose un perjuicio irremediable, lo que impediría el pago de una eventual condena, siendo razón suficiente para revocar la medida decretada, en los términos del literal c del artículo 27, de la Ley 472 de 1998.

Expresa que omitió la Jueza A-Quo imponer el requisito de una contra cautela, dejándose en incertidumbre al demandado de los perjuicios que con la medida cautelar indudablemente se van a generar, además, que no es coherente tener en cuenta unos requisitos para decretar la medida y deliberadamente se omite tener otros.

Señala que no existe peligro de insolvencia por parte de la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN-** que impida el cumplimiento de un eventual fallo, por lo que puede afirmarse que el peligro o la urgencia de garantizar el pago de obligaciones insolutas es bastante discutible y no se encuentra acreditado.

Que el Despacho, como segunda razón para sustentar la procedencia de la medida previa señala que el retorno de los dineros invertidos por el Departamento está en peligro por la mora que innegablemente ha tenido el trámite de esta acción popular.

Destaca que en el caso de la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. – FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN-** no existe el peligro de insolvencia que impida el cumplimiento de un eventual fallo, toda vez que las Fiduciarias, entre ellas, **FIDUPRETROL**, como Entidades sometidas a la vigilancia y control de la

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, además de la liquidez que toda Empresa necesita para funcionar, requieren de un patrimonio mínimo para poder operar. Solicita que se excluya de la medida de embargo y retención de dineros, los recursos que tengan a su nombre pero por cuenta de terceros, con ocasión de los contratos de fiducia mercantil y encargo fiduciario con que se desarrolla su objeto social.

Explica que de los artículos 1227, 1233 y 1238 del **CÓDIGO DE COMERCIO**, aplicables a los encargos fiduciarios en virtud del **ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO**, se genera la separación patrimonial de los activos propios de la fiduciaria, de los que administra por los diferentes contratos fiduciarios que haya celebrado, en el evento en que la medida circularice en los bancos, como lo dispone la providencia que se recurre, sin hacer claridad en el sentido que las cuentas corrientes y de ahorros son únicamente en las que tienen los recursos propios del patrimonio de la fiduciaria, conllevará a que los bancos congelen todas las cuentas que estén a su nombre y entre estas, en las que se encuentren dinero cuyo beneficiario no es la fiduciaria, sino los terceros clientes.

Esgrime que en el auto que se impugna, se consignó que será la Secretaría con la ayuda del Contador liquidador adscrito al Despacho, la que fije el límite de la medida cautelar para cada uno de los vinculados a ella. Que revisadas las diferentes normas que regulan la función de la Secretaría en el C.P.C, se encuentra que a ella se asignan funciones de trámite, notificación, etc, pero ninguna con un carácter tal que pueda limitar el ejercicio de un derecho, por lo que no resulta propio de su función tomar una decisión como la que se le fija en la providencia recurrida, pues esto debe ser dictado por el Juez.

Finaliza diciendo que, en el evento que el Despacho considere mantener la medida cautelar decretada, mediante providencia susceptible de recurso, debe determinarse con precisión el monto de dicha medida, ya que mientras ello no ocurra, persistirá la grave amenaza sobre su derecho al debido proceso, por lo antes expresado. Así mismo, se indique con precisión, las cuentas de ahorros a las que se puede aplicar la medida cautelar, aclarando si son únicamente aquellas en que se depositaron recursos propios, es decir, los que forman parte del patrimonio de la fiduciaria y los que correspondan a los fideicomisos respecto de los cuales se dictó la medida, excluyéndose las cuentas corrientes y de ahorros en que se depositan recursos de los demás negocios fiduciarios; también pide que se aclare que el monto de lo embargado, no podrá afectar el monto mínimo del patrimonio adeudado que

permita la supervivencia de la fiduciaria, ni la disponibilidad de efectivo para poder operar, so pena de causarle su liquidación (Fls. 168 – 192 cuad. 1 medida cautelar).

AUTO PROFERIDO EL 31 DE JULIO DE 2014 POR EL JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

En auto del 31 de julio de 2014¹ (fls 418 – 431 C- 3 medidas cautelares), el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, se pronunció frente a cada uno de los recursos de reposición interpuestos por los vinculados a la acción popular.

RECURSO DE APELACIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. –FIDUAGRARIA S.A.-

Contra el anterior proveído, **FIDUAGRARIA S.A.** interpuso recurso de apelación en lo que respecta a la decisión de establecer el valor de las sumas a embargar por el monto de **NOVENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS** (\$94.658.589.986).

Sustenta su recurso en que la liquidación del monto debió realizarla el Contador en descongestión adscrito al Juzgado, tal como se había dispuesto en el auto de 1 de julio de 2011.

Arguye que la suma de dinero que se ordenó embargar no guarda relación con los dineros que por cuenta de los contratos de cesión que celebró las Sociedades **CHACÓN BERNAL Y ASOCIADOS LTDA, D&PE S.A., COSACOL S.A., INCONAL S.A., BEC INGENIEROS E INCOCIVIL LTDA** y el **CONSORCIO PROYECTAR**, aún le adeudan al **DEPARTAMENTO DEL META**, lo cual no supera el valor de **CUARENTA MIL MILLONES DE PESOS** . (\$40.000.000.000).

Dice que además de haber embargado a **FIDUAGRARIA S.A.** la cantidad de \$94.658.589.986, para seguridad del pago de \$ 40.000.000.000, que los aludidos fideicomitentes le adeudan al **DEPARTAMENTO DEL META**, decidió embargar también los dineros de las Sociedades **CHACÓN BERNAL Y ASOCIADOS LTDA**, en cuantía de \$9.000.000.000; **D&PE S.A.**, por valor de \$7.500.000.000; **COSACOL S.A.**,

¹ Por auto del 24 de julio de 2015, se corrigió que la fecha del auto era del 31 de julio de 2014 y no 31 de agosto de 2014, como se había inicialmente plasmado (Fls 893 – 922 C- 5 medidas cautelaras).

Acción Popular

Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**

Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**

Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

por valor de \$ 88.658.589.986; **INCONAL S.A.** por la suma de \$24.000.000.000; **BEC INGENIEROS** cuyo monto asciende a \$24.000.000.000; **INCOCIVIL LTDA** cuyo monto asciende a \$24.000.000.000; el **PATRIMONIO AUTÓNOMO PROYECTAR** por valor de \$24.000.000.000; el **PATRIMONIO AUTÓNOMO CHACÓN BERNAL** en cuantía de \$9.000.000.000; el **PATRIMONIO AUTÓNOMO COSACOL** por valor de \$ 74.192.732.702 y el **PATRIMONIO AUTÓNOMO CARBONERO** cuya suma asciende a \$7.500.000.000,

Colige que se embargó a los fideicomitentes y patrimonios autónomos por la suma de \$291.851.322.688, cantidad que sumada a lo embargado a la **FIDUAGRARIA S.A.**, arroja el resultado de \$386.509.912.674, la cual es superior al 150% de los dineros que los fideicomitentes le adeudan al **DEPARTAMENTO DEL META**.

Termina diciendo que, de embargarse a **FIDUAGRARIA S.A.** por la cantidad de **NOVENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS** (\$94.658.589.986) generaría no solo en causal de disolución sino en condición de toma de posesión para su liquidación por parte de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA**, pues reduciría su patrimonio neto muy por debajo de la mitad de su capital suscrito (fls 434 – 443 C-3 medidas cautelares).

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer, en 2ª Instancia, de los recursos de apelación contra los autos susceptibles de este medio de impugnación, tal como lo es, el que resuelve sobre una medida cautelar (artículo 181, numeral 2º, ibidem); además, la decisión a tomar le corresponde a la Sala de decisión, en acatamiento a lo previsto por el artículo 146-A ejúsdem.

CUESTIÓN PREVIA

Es importante precisar, que si bien es cierto en la actualidad se aplica el régimen procesal establecido en la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), para el caso que nos ocupa, se aplicará la Ley vigente al momento de la presentación de la Acción Popular, 10 de octubre de 2008 (Fl. 130 cuad. 1), esto es el Decreto 01 de 1984

Acción Popular

Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**

Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**

Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

(C.C.A), de conformidad con el artículo 308 del C.P.A.C.A. que establece el régimen de transición y vigencia².

Atendiendo a los reproches efectuados en los recursos de alzada, es importante hacer precisión, que sólo se estudiarán y analizarán los argumentos esgrimidos en los mismos, teniendo en cuenta que según lo estipulado en el artículo 350 del C.P.C., hoy 320 del **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**, el recurso de apelación tiene por objeto el examen por superior de la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que la revoque o confirme, es decir, que el Fallador en 2ª Instancia, debe ceñirse únicamente sobre lo discutido en el recurso de alzada, porque tal como lo preceptúa el artículo 328 de la norma ibídem., “ *El Juez deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley*”, de tal forma, que le está vedada la posibilidad de remitirse a puntos que no fueron planteados por el recurrente.

En este sentido, se precisa que este Juez Colegiado no examinará aspectos de los autos que no fueron objeto del recurso, en el entendido, que lo no controvertido expresamente, se ha de entender que la parte apelante estuvo de acuerdo con el pronunciamiento del Juez de 1ª instancia.

Como el objeto del recurso es el levantamiento de las medidas cautelares y teniendo en cuenta que contra la **FIDUCIARIA DE BOGOTÁ S.A. –FIDUBOGOTÁ S.A.-** y el **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ TRANSATLANTICO**, en la actualidad no pesa una medida cautelar, por encontrarse a paz y salvo con el **DEPARTAMENTO DEL META** (fls. 918-919 cuad. 5 med. Cautelar), por sustracción de materia, la Sala no estudiará sus impugnaciones, y se analizarán los recursos instaurados por el **PATRIMONIO AUTÓNOMO PROYECTAR ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A.**, el **PATRIMONIO AUTÓNOMO COSACOL ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A.**, el **PATRIMONIO AUTÓNOMO CARBONERO ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A.**, el **PATRIMONIO AUTÓNOMO CHACÓN BERNAL ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A.**, la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. –FIDUAGRARIA S.A.-**, la **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.** y la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN-**.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 26 de septiembre de 2018. Rad. 08001-23-31-000-2011-00572-01 (22014) . C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

Acción Popular

Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**

Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**

Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

PROBLEMA JURÍDICO

El debate se centra en :

- I. ¿Es viable la aplicación del artículo 681 numeral 11 del C.P.C. en el trámite de acción popular; se cumplen los requisitos; la medida es desproporcionada, injustificada e indiscriminada, medidas de embargo y retención de dineros, debe fijarse el monto de la medida cautelar, y, es exigible una contracautela al accionante al momento de solicitar una medida cautelar ?
- II. ¿En lugar de decretar el embargo y retención de dineros, como medida previa, debió ordenar la suspensión o terminación de los contratos de fiducia y la entrega de los dineros existentes en esos patrimonios autónomos como garantía de una eventual orden de restitución que se llegara a dictar en la sentencia que ponga fin al proceso?
- III. ¿Se debe dar aplicación al literal c) del artículo 26, de la Ley 472 de 1998, a **FIDUAGRARIA** y **FIDUPETROL**, ante el peligro de insolvencia por parte de éstas, que impida el cumplimiento de un eventual fallo?
- IV. ¿La medida cautelar decretada por la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** a los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS**, torna inocua la medida adoptada por la Jueza A-Quo, pues lo perseguido en uno y otro trámite, es la protección del patrimonio público?
- V. ¿Al ser la **FIDUCIARIA** una Entidad pública como el **DEPARTAMENTO DEL META**, sus dineros son de naturaleza pública, por lo que no debe soportar la carga que se le impone ?
- VI. ¿ Son responsables la Fiduciarios o Patrimonios Autónomos, por haber recibido los dineros del **DEPARTAMENTO DEL META**, a través de terceros?

VII. ¿Se está privilegiando la acreencia del **DEPARTAMENTO DEL META** la Jueza A-Quo, desconociendo de esta manera, el derecho de la igualdad de los acreedores de la Entidad ?

La Sala, procederá a resolver los recursos interpuesto conforme a los problemas jurídicos planteados y en ese orden se abordarán los temas objeto de censura por parte de los recurrentes.

CASO CONCRETO

Del texto de la demanda, se advierte que la presente acción popular tiene como fin la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, pues se alega que el **DEPARTAMENTO DEL META** invirtió excedentes de liquidez de tesorería provenientes de regalías petroleras en patrimonios autónomos bajo la figura contractual de oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, que celebró con particulares en los años 2006 y 2007, desconociéndose las modalidades de inversión que para este tipo de recursos consagró el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, y según se informó estos dineros no han retornado al patrimonio del Ente territorial.

El **JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, en el auto auto del 1 de julio de 2011, consideró que la medida cautelar de embargo y retención de dineros en las cuentas corrientes y bancarias de las Entidades vinculadas al proceso judicial, resultaba necesaria en aras de evitar un daño al derecho colectivo al patrimonio público, y fijo como monto de la medida cautelar, una suma no superior al valor de crédito y las costas, más un 50%, es decir, el 150% del valor total de las sumas de dinero que no han retornado al patrimonio del **DEPARTAMENTO DEL META**.(fls. 6 al 17 del cuad. 1 de medida cautelar)

Por su parte, el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, en providencia del 24 de julio de 2015, al resolver una solicitud de desembargo de los recursos de **FIDUAGRARIA S.A**, elevada por la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO**, mantiene la decisión explicando que dependiendo del derecho sustancial amenazado o vulnerado se debe determinar la medida cautelar a adoptar, y con ella se buscar que sean acordes e idóneas para la preservación de tal derecho. Igualmente, señaló que a diferencia de otros procesos donde prima la taxatividad de

tales medidas, en las **ACCIONES POPULARES** el Juez puede ordenar la cautela que estime pertinente. (fls 893 – 923 C- 5 medidas cautelares).

Y, en auto del 31 de julio de 2014, el mismo funcionario (**JUEZ TERCERO** de la época) al resolver el recurso de reposición interpuestos contra la anterior decisión, estimó procedente mantener dicha medida cautelar, en aras de salvaguardar el derecho colectivo al patrimonio público que continúa en riesgo, en vista de que los dineros invertidos y sus rendimientos no habían regresado al patrimonio de la Entidad territorial y fijó el valor concreto de las sumas a embargar con la advertencia de que podía exceder lo supuesto en el numeral 11, del artículo 681 del C.P.C., concluyéndose que la misma no resulta desproporcionada, injustificada e indiscriminada. (fls 418 – 431 C-3 medida cautelar).

Los montos fijados son los siguientes:

Entidad	TOTAL MEDIDA
COOPERATIVA NACIONAL DE CAFETEROS DE CALARCA- COOCAFE	\$21.167.317.028
INGENIEROS CONTRATISTAS ASOCIADOS S.A- INCONAL S.A	\$24.000.000.000
SOCIEDAD BEG INGENIEROS	\$ 24.000.000.000
SOCIEDAD INCOCIVIL LTDA	\$24.000.000.000
CHACON BERNAL ASOCIADOS C.I LTADA con NIT 830,045,919-8	\$9.000.000.000
COSA COLOMBIA S.A- COSACOL S.A	\$88.658.589.986
BIENES Y CAPITALES INTERMEDIOS S.A	\$108.436.332.000
D&P.E S.A	\$7.500.000.000
FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA	\$ 21.167.317.028
FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A- FIDUAGRARIA S.A	\$ 94.658.589.986
FIDUCIARIA PETROLERA S.A- FIDUPETROL S.A	\$ 46.402.189.284
PARQUE TEMATICOS DE COLOMBIA S.A	\$3.000.000.000
FIDUCIARIA BOGOTA S.A- FIDUBOGOTA S.A	\$ 3.000.000.000
FIDUCIARIA COLPATRIA S.A- FIDUCOLPATRIA S.A	\$ 6.000.000.000
VICEMSA BANCA DE INVERSIÓN S.A	\$ 21.167.317.028
DESARROLLO DE NEGOCIOS S.A	\$ 13.936.332.000
TRASANTLANTICO S.A	\$ 3.000.000.000
MERECURE PARQUE AGROECOLOGICO S.A	\$ 3.000.000.000
ALIANZA FIDUCIARIA S.A	\$ 3.000.000.000
FIDEICOMISO COOFAFE- VISEMSA administrado por FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A	\$ 21.167.317.028
PATRIMONIO AUTONOMO PROYECTAR y/o FIDEICOMISO CONSORCIO PROYECTAR administrado por FIDUAGRARIA S.A	\$24.000.000.000
PATRIMONIO AUTONOMO CHACON BERNAL, administrado por FIDUAGRARIA S.A	\$ 9.000.000.000
PATRIMONIO AUTONOMO COSACOL administrado por FIDUAGRARIA S.A	\$ 74.192.732.702
PATRIMONIO AUTONOMO CARBONERO administrado por FIDUAGRARIA S.A	\$ 7.500.000.000

PATRIMONIO AUTONOMO COSACOL administrado por FIDUPETROL S.A	\$14.465.857.284
PATRIMONIO AUTONOMO TERMINALES DE TRANSPORTES administrado por FIDUPETROL S.A	\$ 31.936.332.000
PATRIMONIO AUTONOMO MEREURE PARQUE AGROECOLOGICO, administrado por ALIANZA FIDUCIARIA S.A	\$ 3.000.000.000
PATRIMONIO AUTONOMO OIKOS PARQUES TEMATICOS, administrado por ALIANZA FIDUCIARIA S.A	\$3.000.000.000

I. ¿Es viable la aplicación del artículo 681 numeral 11 del C.P.C. en el trámite de acción popular; se cumplen los requisitos; la medida es desproporcionada, injustificada e indiscriminada, medidas de embargo y retención de dineros, debe fijarse el monto de la medida cautelar, y, es exigible una contracautela al accionante al momento de solicitar una medida cautelar ?

Argumenta **FIDUAGRARIA S.A.**, que las medidas de embargo y retención de dineros no están previstas como medidas previas en el artículo 25, de la Ley 472 de 1998, por ello no es viable la aplicación del artículo 681 numeral 11 del C.P.C. en el trámite de la **ACCIÓN POPULAR**.

Tenemos que, las medidas cautelares en la **ACCIÓN POPULAR** se encuentran reguladas por los artículos 17, 25 y 26 de la Ley 472 de 1998. Las normas textualmente dispone:

Artículo 17º.- Facilidades para Promover las Acciones Populares. El interesado podrá acudir ante el Personero Distrital o Municipal, o a la Defensoría del Pueblo para que se le colabore en la elaboración de su demanda o petición, así como en los eventos de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir.

Donde no exista juez del circuito o de lo Contencioso Administrativo, podrá presentarse la demanda ante cualquier juez Civil Municipal o Promiscuo, quien dentro de los dos (2) días siguientes deberá remitirla al funcionario competente. En el evento de comprometerse grave y permanentemente uno o varios de los derechos amparados en la presente ley, el Juez civil Municipal o Promiscuo deberá remitir de inmediato y por el medio más eficaz las diligencias al juez competente.

En desarrollo del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, **el juez competente que reciba la acción popular tendrá la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos.**(negrillas fuera de texto

Artículo 25º.- Medidas Cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso **podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivada, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.** En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Parágrafo 1º.- El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

Parágrafo 2º.- Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado. (negrilla y subrayado fuera del texto)

Artículo 26º.- *Oposición a las Medidas Cautelares.* El auto que decrete las medidas previas será notificado simultáneamente con la administración de la demanda y podrá ser objeto de los cursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días. La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:

- a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;
- b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;
- c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.
- d) Corresponde al quien alegue estas causales demostrarlas.

(...)

De lo anterior, se advierte que la Ley 472 de 1998, otorgó amplias facultades al Juez Constitucional para decretar, de oficio o a petición de parte, medidas cautelares con el fin de mitigar o hacer cesar el daño causado a los derechos e intereses colectivos o de adoptar aquellas que se consideren necesarias para prevenir un daño inminente en los mismos. La Ley 472, reguló la competencia del Juez constitucional para decretar la medida cautelar, la oportunidad, los recursos a interponer y los fundamentos a invocarse para oponerse a las medidas decretadas.³

Como su nombre lo indica, tales medidas propenden por la protección de un derecho en litigio de **forma previa y provisional**, garantizando así que la duración del

³ CE: Ver auto del 26 de abril de 2013, Sección 1ª, radicado No 2012-00614-01, C.P. **MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZALES.**
Acción Popular
Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**
Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**
Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

mismo no influya en la efectividad de la decisión final y que se establezca un marco de **protección previo** sobre el derecho e interés objeto del proceso⁴.

El **CONSEJO DE ESTADO** en auto del 18 de julio de 2007, Sección 3ª, radicado No 08001-23-31-000-2005-03595-01 (AP), C.P. **RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**, precisó :

(...)

Dichas medidas no son taxativas, pues en las acciones populares, a la letra del art. 25 de la Ley en cita, el juez puede decretar las **que estime pertinentes**. Es así como al analizar las precisas circunstancias del caso en estudio, el juez determinara si es o no necesaria la adopción de medidas previas a las definitivas del fallo.

Criterio que ha sido reiterado por el Alto Tribunal en decisiones más recientes, como por ejemplo lo hizo en auto del 26 de abril de 2013, Sección 1ª, expediente distinguido con el radicado No 2012-00614-01, C.P. **MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**, en el que a su vez trajo a colación el fundamento jurisprudencial sobre la no taxatividad de las medidas previas enunciadas en el citado artículo 25. Al respecto dijo:

*De lo anterior, se advierte que la precitada Ley le otorga amplias facultades al juez constitucional **para que decrete cualquier medida cautelar que estime pertinente, en aras de salvaguardar los derechos colectivos, de suerte que el listado de medidas contenidas en el artículo 25 es meramente enunciativo y no taxativo.*** (Negrilla no es del texto original).

(...)

El decreto de una de tales medidas, **o de otras distintas a éstas pero que resulten procedentes** para prevenir un daño inminente a los derechos e intereses colectivos o para hacer cesar el que se hubiere causado a aquellos, debe soportarse lógicamente en elementos de prueba idóneos y válidos que sean demostrativos de tales circunstancias; es precisamente la existencia de tales elementos de juicio lo que permitirá motivar debidamente la decisión del juez cuando disponga una medida cautelar para la protección de tales derechos. ” (Exp. núm. 2003-00201, Consejero Ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta) (Negrilla es del texto).

(...)

Igualmente, en auto de fecha 19 de mayo de 2016, ponencia del Dr. **GUILLERMO VARGAS AYALA**, reitera sobre los amplios poderes del Juez Constitucional Popular para adoptar las medidas preventivas, protectoras, correctivas o restitutorias que **resulten adecuadas** para salvaguardar y proteger el derecho colectivo que esté en inminente peligro o vulneración o sobre el cual de estarse produciendo un daño, no se prolongue por un término mayor, mientras se profiere la decisión final⁵.

⁴ CE: Auto del 15 de noviembre de 2019, Sección 1ª, radicado No 85001-23-33-000-2014-00186-02 (AP)A, C.P. **HERNANDO SANCHEZ SANCHEZ**.

⁵ CE: Auto del 19 de mayo de 2016, Sección 1ª, radicado No 73001-23-31-000-2011-00611-01 (AP) A, C.P. **GUILLERMO VARGAS AYALA**.

Acción Popular

Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**

Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**

Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

Precisamente, el inciso final del artículo 17 ídem., estipuló que “***En desarrollo del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el juez competente que reciba la acción popular tendrá la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos***”.

Facultad que no desapareció con la expedición del C.P.A.C.A., que en su artículo 229 dispuso que las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos colectivos se regirán por lo dispuesto en el Capítulo XI *ibidem.*, el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción en el auto en cita, explicó que el artículo 230 *ibidem.*, que reguló el listado de medidas cautelares que se podrán decretar en los procesos declarativos que conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre los cuales se encuentran, las acciones populares, no derogó el artículo 25, de la Ley 472 de 1998.

En el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, que otorgó amplias facultades al Juez Popular para que decrete cualquier medida cautelar para salvaguardar un derecho colectivo. Así lo dejó claro el H.**CONSEJO DE ESTADO**, en auto de fecha 2 de agosto de 2017, ponente **MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZALEZ**, dentro del expediente distinguido con el radicado No. 13001-23-33-000-2015-00052-01.

Ahora bien, el hecho de que la Ley 472 de 1998, haya revestido al Juez popular de amplios poderes para salvaguardar los derechos colectivos y garantizar su efectividad frente a daños actuales o contingentes, mediante las medidas previas que estime pertinentes, medidas que puede adoptar antes del fallo, esto no significa que se de paso a la arbitrariedad judicial, pues para decretarla, debe contar con elementos de juicio suficientes que le den la convicción de que está frente a una amenaza o una afectación tal del derecho que aguardar hasta el fallo supondría asumir el riesgo de configuración de un daño o afectación irreversible a los intereses litigados (*periculum in mora*) y responda a una reclamación con la seriedad y visos de legitimidad suficientes para respaldar una decisión anticipada (*fumus boni iuris*)⁶.

Sobre los presupuestos para la procedencia de la medida cautelar, en jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, expresó :

⁶ En este sentido, véase, de esta Sección, los autos de 5 de febrero de 2015, Rad. No. 85001 23 33 000 2014 00218 01 (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala; y de 12 de noviembre de 2015, Rad. No. 15001 23 31 000 2012 00122 01 (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

a) Que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, esto con el fin de justificar la imposición de la medida cautelar, el cual es prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumó;

b) Que la decisión del juez al decretar la medida cautelar esté plenamente motivada; y

c) Que para adoptar esa decisión, el juez tenga en cuenta los argumentos contenidos en la petición que eleve el demandante, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente, no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido⁷.

También precisa la Alta Corporación que al fijarse unos límites claros, se evita la arbitrariedad judicial, asegurando la legalidad, proporcionalidad y congruencia de la medida, amparando el equilibrio procesal que en virtud de la garantía del debido proceso, debe presidir la toma de una decisión anterior a la sentencia que ponga fin a la causa⁸.

Tenemos que, el **JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, en su auto del 1 de julio de 2011, no se extralimitó con el decreto de la medida cautelar de embargo y retención de dineros que posean los vinculados en sus cuentas, en Entidades Bancarias, que no exceden del valor del crédito y las costas, mas un 50%, es decir, limitándolas al 150% del valor de las sumas de dinero, como lo señala el art. 681, num. 11 del C.P.C., quantum que se mantuvo en el numeral 10º del artículo 593 del C.G.P..(Fls 6 – 17 C- 1 medida cautelar).

La norma en comento, textualmente dice :

ARTÍCULO 681. EMBARGOS. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 67 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectuar los embargos se procederá así:

(...) 11. El de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, se comunicará a la correspondiente entidad como lo dispone el inciso primero del numeral 4, debiéndose señalar la cuantía máxima de la medida, que **no podrá exceder del valor del crédito y las costas, más un cincuenta por ciento.** Aquellos deberán consignar las sumas retenidas en la cuenta de depósitos judiciales, dentro de los tres días siguientes al recibo de la comunicación; con la recepción del oficio queda consumado el embargo. (negrilla y subrayado fuera del texto).

En ese sentido, la 1ª instancia no desbordó los requisitos para el Decreto del embargo, pues se ciñó a los presupuestos establecidos por la Ley, esto es, que la medida no exceda del valor del crédito y las costas, más 50%.

⁷ Auto del 19 de mayo de 2016, Sección 1ª, radicado No 73001-23-31-000-2011-00611-01 (AP)A, C.P. **GUILLERMO VARGAS AYALA.**

⁸ Auto del 19 de mayo de 2016, Sección 1ª, radicado No 73001-23-31-000-2011-00611-01 (AP)A, C.P. **GUILLERMO VARGAS AYALA.**

Afirman los impugnantes que las medidas de embargo y retención de dinero no están previstas como medidas previas, en el artículo 25, de la Ley 472 de 1998, sino en el **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**, en su artículo 681, numeral 11, hoy 593 del C.G.P., por lo que el Juez Popular no podía aplicar esta norma.

Efectivamente, el artículo 25, de manera enunciativa respecto de las medidas cautelares es enunciativo más no taxativo, pero al no mencionarse las diferentes medidas cautelares, el Juez Popular puede hacer uso del artículo 44, de la Ley 472 de 1998, que le permite remitirse a la normatividad procedimental civil, para suplir los aspectos no regulados en esta Ley y que no le sean contrarios, es una aplicación directa por remisión normativa.

El artículo 44, de la Ley 472 de 1998, su literalidad es la siguiente :

Artículo 44º.- Aspectos no Regulados. En los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente Ley, mientras no se oponga a la naturaleza y a la finalidad de tales acciones.

Como lo ha precisado la H. **CORTE CONSTITUCIONAL**, la remisión que se hace de una codificación a otra, busca una adecuada comprensión de los preceptos que dependen de la integración de artículos contenidos en otras regulaciones. La integración de normas jurídicas por remisión hace que una de ellas, sólo es concebible en la medida en que dicha operación completa el sentido de las disposiciones que dependan mutuamente para su cabal aplicación, ya que el ordenamiento jurídico presenta con frecuencia normas incompletas. Sentencia C-569 del 2000. MP.: **CARLOS GAVIRIA DIAZ**.

Tanto la **FIDUAGRARIA S.A.**, **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.**, como la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN**, reprochan que no están debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido y hay medios más eficaces para la recuperación del **PATRIMONIO PÚBLICO** que con la medida cautelar .

Tenemos que la **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.** (Fls. 781- 800 c-4 1ª inst.), **FIDUAGRARIA S.A.** (Fls. 840-853 c-5 1ª inst.) y **FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN-** (Fls. 1438-1465 c-71ª inst.), celebraron **CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN**, con Sociedades de derecho privado, cuyo objeto contractual consistió en recibir los bienes, derechos y recursos provenientes del Fideicomitente producto de las **OFERTAS DE CESIÓN DE**

DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN con la finalidad de conformar y administrar unos Patrimonios Autónomos, con recursos provenientes de excedentes de liquidez, en este caso, de las regalías petroleras del **DEPARTAMENTO DEL META**, cediendo la titularidad del **DOMINIO**. Respecto a las características de la **FIDUCIA MERCANTIL**, la **H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, precisó:

En nuestro ordenamiento jurídico, el contrato de fiducia mercantil, es 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” (C. de Co., art. 1226).

De la regulación legal colombiana y, en particular de su definición normativa, comporta el negocio jurídico de fiducia mercantil, **la transferencia real y efectiva de uno o más bienes**, el encargo de gestión reflejado en su administración o enajenación, la finalidad determinada en interés del constituyente, beneficiario o fideicomisario y la remuneración del fiduciario (C. de Co., arts. 1226 y 1237).

Sin embargo, el legislador patrio, al definir el negocio fiduciario con absoluta claridad estatuye que el fideicomitente, “transfiere uno o más bienes especificados” al fiduciario, es decir, confiere a la transferencia de la propiedad, el valor de requisito esencial integrante de su concepto, naturalmente, sometida a directrices normativas concretas, pues **el constituyente transfiere el derecho y el fiduciario lo adquiere para aplicarlo a la finalidad fiduciaria, conformar un patrimonio autónomo, separado, diferente del suyo y del fiduciante, contrayendo el deber indelegable de “transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o la ley”** (C. de Co., art. 1234, num. 7º) siendo “ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos” (art. 1244, *ejusdem*).

(...)

Dicho en otras palabras, el derecho real de dominio se transfiere a plenitud para integrar un patrimonio autónomo y aplicarlo a los fines fiduciarios.

(...)

En efecto, la propiedad transferida por el fiduciante y adquirida por el fiduciario está fuertemente limitada por su destinación única y exclusiva a las finalidades fiduciarias, circunscrita a éstas y, con ella se integra un patrimonio de afectación o destinación; los bienes objeto de fiducia “no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y **sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida**”, están “separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios” (C. de Co., art. 1227) y “forman un patrimonio afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo” (C. de Co., art. 1233), o sea, constituyen un patrimonio autónomo e independiente del patrimonio del fiduciante y del fiduciario destinado a la realización de un determinado fin en beneficio de aquél o del beneficiario (...)

En términos de la Corte, “dentro de las diferentes teorías que se dan en torno a su naturaleza jurídica, el legislador patrio adhirió a la que trata la fiducia mercantil como constitutiva de un patrimonio autónomo afectado a una específica o determinada destinación, pues su fisonomía legal y la teleología que inspira su presencia en el campo de los negocios no dejan margen de duda para considerarlo como tal; de otra manera no se explica que los bienes fideicomitidos sólo garanticen las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, que una vez son transferidos al fiduciario no se confunden con los propios de éste ni con los provenientes de otros negocios fiduciarios, ni que deben mantenerse separados tanto material y contablemente, como desde el punto de vista jurídico”, sin oponerse a este aserto “la circunstancia de que excepcionalmente los bienes fideicomitidos puedan ser perseguidos por los acreedores del fiduciante cuyas acreencias sean anteriores a la constitución del fideicomiso, lo que previó el legislador no tanto en desmedro de su configuración autónoma, cuanto para preservar derechos constituidos en el pasado

respaldados en la confianza que para aquéllos representa el patrimonio del deudor como prenda general de sus obligaciones (C. de Co., art. 1238)", ni su carencia de personificación normativa pues, "cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad". (Cas. Civil, ago. 3/2005, exp. 1909), por lo cual, "no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil" (Cas. Civil, ago. 3/2005, exp. 1909), ostenta legitimación o poder dispositivo y, "por regla general el fiduciario, frente a terceros, no compromete su propio patrimonio, salvo excepciones, v. gr., cuando se ha excedido en el ejercicio de sus funciones, o cuando ha aparecido ante dichos terceros como real propietario de esos bienes, pero ocultando que lo es solamente a título instrumental, o si se quiere, apenas formal, pues, como de antaño lo tiene sentado la doctrina, si el fiduciario no exterioriza ante terceros esta última calidad, quiere significar con ello que asume como suyo el negocio y, subsecuentemente, que compromete frente a ellos su propio patrimonio, pues es claro que al obrar de ese modo ofrece como garantía su solvencia económica; otra cosa, muy distinta, por cierto, es que al estar cumpliendo en sigilo el encargo fiduciario, sus actos puedan producir efectos sobre el patrimonio autónomo" (Cas. Civil, mayo 31/2006 [SC-065-2006], exp. 0293).

(...) De este modo, la fiducia mercantil en todas las hipótesis implica la transferencia de la propiedad, la constitución de un patrimonio autónomo y su destinación o afectación a la finalidad fiduciaria.

Asimismo, el encargo fiduciario, en la perspectiva tradicional, comporta la transferencia de la mera tenencia. (...)⁹(negrillas fuera de texto)

Por tratarse de recursos del Estado, como son los excedentes de regalías, esos dineros debieron manejarse con la **FIDUCIA PÚBLICA**, como lo dispone la Ley 80 de 1993, en donde no hay transferencia del dominio sobre bienes o recursos estatales, ni la constitución de patrimonios autónomos.

Al respecto el **H. CONSEJO DE ESTADO**, ha dicho :

Ahora bien, en relación con la fiducia pública, la situación es diferente. En efecto, el art. 32, numeral 5°, de la Ley 80 regula la celebración de encargos fiduciarios y fiducias públicas, estableciendo que, **en ningún caso, dichos contratos implican la transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni la constitución de patrimonios autónomos del propio de la respectiva entidad oficial.** Sobre este tipo de contratos, la Sala de Consulta y Servicio Civil, manifestó lo siguiente:

"En efecto, por regla general la llamada fiducia pública no implica transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales, ni constituye tampoco un patrimonio autónomo, distinto del propio de la entidad estatal (art 32-5° inc. 8°). De manera excepcional, la misma ley 80 prevé en el artículo 41 parágrafo 2° inciso 2° la constitución de patrimonios autónomos, con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, para desarrollar procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales.

Además, hay dos particularidades que contiene la ley 80, que son aplicables tanto al encargo fiduciario como a la llamada fiducia pública, y consisten en que la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 1999-01458 del 30 de

la fiducia pública, tienen como sujeto contratante a las entidades estatales fideicomitentes, de manera que no se pueden delegar a las sociedades fiduciarias y que la remuneración o comisión de la fiduciaria no se puede pactar con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados (art. 32-5º inc. 3º).

La misma norma precisa en el inciso sexto, que los contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública deben sujetarse a las normas de la ley 80, lo cual significa que si por la cuantía o por el hecho de no encontrarse uno de esos contratos en las previsiones de contratación directa del artículo 24, éste requiere de licitación pública, la sociedad fiduciaria, sea estatal o privada, debe realizar tal procedimiento, aunque, como se indicó, **la adjudicación** la debe efectuar la entidad estatal fideicomitente. A la excepción prevista en el artículo antes indicado se agregan la consignada en el artículo 41 parágrafo 2º inciso 9º de la misma ley para las operaciones de crédito público y las conexas con éstas, que se contratarán en forma directa, y las demás que en forma expresa establezca el estatuto de contratación o leyes posteriores”.¹⁰

En conclusión, la fiducia pública o el encargo fiduciario, de carácter estatal, son contratos en los que, al contrario de lo que ocurre en la fiducia mercantil, no se transfiere el derecho de dominio sobre los bienes fideicomitados, los cuales continúan en cabeza de la entidad estatal, y tampoco se genera, con ellos, un patrimonio autónomo.

Si, como se dijo, la norma transcrita del C.P.C., encuentra su razón de ser en el hecho de que, en la **fiducia mercantil, se transfiere el derecho de dominio sobre los bienes objeto del contrato** y éstos crean un patrimonio autónomo diferente al del fiduciario, es claro que la misma no tiene aplicación en los contratos regulados por el art. 32, numeral 5 de la Ley 80, en los que no se transfiere dominio ni se crea un patrimonio autónomo.¹¹(negrillas fuera de texto)

Es decir, en la **fiducia mercantil**, el constituyente transfiere el derecho y el fiduciario lo adquiere para aplicarlo a la finalidad fiduciaria, conformar un patrimonio autónomo, separado, diferente del suyo y del fiduciante, contrayendo el deber indelegable de “transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o la ley”, mientras que en la **fiducia pública**, en ningún caso, dichos contratos implican la transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni la constitución de patrimonios autónomos del propio de la respectiva Entidad oficial.

La H. CORTE CONSTITUCIONAL, sobre la diferencia entre fiduciario mercantil y pública, indicó :

46. Es pertinente destacar que el contrato de fiducia mercantil difiere del de fiducia pública. La figura de la fiducia pública, que es diferente de la sociedad fiduciaria pública, se encuentra contemplada en el numeral 5º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual señala, entre otras cosas que: “[l]os encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren”.

En relación con ello, esta Corporación a través de la **sentencia C-086 de 1995**^[76] estimó que aunque el Estatuto General de la Contratación Pública creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", se puede entender que éste "(...) no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 4 de marzo de 1998, Radicación No. 1074.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enriquez. Sentencia del 25 de marzo de 2004. Rad. No. 76001-23-25-000-2002-00026-01 (23623)

aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley".

(...) Por otra parte, esta Corporación en esa misma providencia reseñó las diferencias que existen entre las fiducias públicas y privadas de la siguiente forma:

- i. El contrato de fiducia pública no permite la transferencia del dominio de los bienes involucrados en el mandato que se otorga. En consecuencia, no se constituye un patrimonio autónomo diferente al propio.
- ii. Las entidades públicas no pueden delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de contratos que resulten necesarios para el desarrollo de la fiducia pública.
- iii. Los contratos de fiducia pública deben celebrarse con un objeto y plazo determinados.
- iv. Además de la vigilancia que ejerce la Superintendencia Financiera sobre las sociedades fiduciarias, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, deben ejercer control sobre las actuaciones de la fiduciaria en relación con la ejecución de recursos públicos.¹²

El **DEPARTAMENTO DEL META** con dineros públicos (excedentes de liquidez de regalías del petróleo, transfirió la titularidad de los mismos, a través de las **OFERTAS DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN** a particulares, que posteriormente celebraron unos **CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN**, contrariando la Ley 80 de 1993, que dispone el manejo de dichos dineros a través de la **FIDUCIA PÚBLICA**, evidenciándose irregularidades, colocando el **PATRIMONIO PÚBLICO** en manos de terceros, y drenar dineros públicos hacia negocios de índole privado, que solo buscan un beneficio personal y el financiamiento de sus actividades comerciales, colocándolos en una inminente amenaza.

Al desnaturalizarse la **FIDUCIA PÚBLICA**, y evidenciándose irregularidades en la celebración de la **FIDUCIA MERCANTIL**, de ella emerge la importancia de la medida cautelar en aras de proteger el patrimonio público pues al prolongarse en el tiempo una medida de protección haría inane el objeto del mecanismo de protección constitucional de los derechos colectivos.

Respecto a la censura realizada por **FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A.- EN LIQUIDACIÓN-** y los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS ADMINISTRADOS POR FIDUAGRARIA S.A.** atinente a que el A-Quo debió exigirle al actor popular la prestación de una caución o una contracautela para responder por los eventuales perjuicios que se hubieren provocado con la medida cautelar decretada, esta no tendrá mérito de prosperidad, por cuanto el artículo 25

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-438 del 13 de julio de 2017, M.P. Gloria Stella

literal c) de la Ley 472 de 1998, establece que el obligado a prestar caución es el demandado.

La **H. CORTE CONSTITUCIONAL**¹³, indicó que la exclusión del solicitante de prestar caución no desconoce los principios constitucionales, pues la norma es inclusiva y permite que todas las personas accedan a la justicia sin importar su condición económica, aunado a que la Ley 472 de 1998, en ninguno de sus artículos exige el pago de una caución a la parte demandante.

El Alto Tribunal Constitucional, textualmente señaló:

En materia de acciones constitucionales que tengan por finalidad la protección de derechos e intereses colectivos, el derecho a la igualdad en el acceso a una administración de justicia efectiva (CP arts 13 y 229) supone que todas las personas, sin importar su capacidad económica, deben poder contar con instrumentos que les aseguren una decisión judicial pronta y eficaz. Cuando el legislador decide, en desarrollo de ese mandato, crear un complejo de medidas cautelares susceptibles de decretarse de oficio o a petición de parte, en cualquiera de estas actuaciones judiciales de estirpe constitucional, la definición explícita de que no necesita pagarse caución equivale justamente aceptar que todas las personas que accedan a la justicia, sin importar su condición económica, tienen igual de oportunidad de recibir una protección oportuna y expedita del juez. La Ley 472 de 1998 no exigía tampoco caución, en esa hipótesis, a quien solicitara la medida cautelar¹⁴.

II. ¿En lugar de decretar el embargo y retención de dineros, como medida previa, debió ordenar la suspensión o terminación de los contratos de fiducia y la entrega de los dineros existentes en esos patrimonios autónomos como garantía de una eventual orden de restitución que se llegara a dictar en la sentencia que ponga fin al proceso?

Para la Sala es claro que mediante el trámite de la **ACCIÓN POPULAR** no se pueden modificar los contratos, pues estos son Ley para las partes y deben ceñirse a lo pactado¹⁵, tal como lo ha sostenido el **H. CONSEJO DE ESTADO**, a través de la acción popular no es posible efectuar modificación alguna a los negocios jurídicos¹⁶, pues el medio de control idóneo para controvertirlos es el del artículo 141 del C.P.A.C.A.,(contractual), aunado a que tampoco sería viable, en este momento procesal, la devolución de los dineros por parte de los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS**, ya que en la actualidad, éstos se encuentran liquidados, tal como obra en la

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa

¹⁴ Los artículos 17 inciso 3, 18 inciso 2, 25 y 26 son los que regulan, en la Ley 472 de 1998, lo atinente a las medidas cautelares en los procesos por acción popular. Ninguno de ellos prevé, como condición para decretar medidas cautelares, el pago de una caución.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 19 de junio de 2014. C.P. María Elizabeth García González. Ref. Exp. AP-2011-01178-01

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Hernando Sánchez Sánchez. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. No. 18001-23-40-000-2016-00001-01 (AP)

Acción Popular

Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**

Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**

Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

certificación de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** (Fl. 261 cuad. 2 2ª inst.), por lo tanto este argumento no tiene mérito de prosperidad.

Los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** liquidados son:

Fideicomiso/Patrimonio Autónomo	Entidad	Código	Fecha de constitución	Fecha de liquidación
Patrimonio autónomo proyectar	Fiduciaria Agraria de Colombia	1443	06/04/2006	31/12/2015
Patrimonio autónomo chacón bernal	Fiduciaria Agraria de Colombia	1392	24/05/2006	20/06/2019
Patrimonio autónomo cosacol	Fiduciaria Agraria de Colombia	4539	17/07/2006	20/06/2013
Patrimonio autónomo carbonero	Fiduciaria Agraria de Colombia	4550	26/05/2006	05/12/2013

Así mismo, la Certificación hace constar que la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A.-** fue liquidada el día 11 de julio de 2016 y que la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A.-** y la **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.**, en la actualidad, las dos últimas mencionadas, no han sido objeto de liquidación, disolución, insolvencia o reorganización. (fl. 260 rev. cuad. 2 2ª inst).

Los patrimonios autónomos **PROYECTAR ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A,** **COSACOL ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A,** **CARBONERO ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A** y **CHACÓN BERNAL ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A.** son sujeto de control y vigilancia por la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** que en la actualidad se encuentran liquidados (Fl. 261 cuad. 2 2ª inst).

Respecto a la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. –FIDUAGRARIA S.A.-** y la **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.**, la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA** indica que estas son sociedades autorizadas por esa Entidad y que en la actualidad no han sido objeto de liquidación, disolución, insolvencia o reorganización (fl. 260 rev. cuad. 2 2ª inst).

En cuanto a la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A.- EN LIQUIDACIÓN-** indica que esta fue una sociedad comercial anónima de carácter privado, constituida legalmente mediante escritura pública, autorizandosele su funcionamiento mediante la Resolución S.B 2615 del 29 de noviembre de 1994, que el 18 de junio de 2014, fue tomada en posesión inmediata para liquidar los bienes, haberes y negocios, que una vez realizada la consulta en el **FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS –FOGAFIN-** se logró determinar que el proceso de

liquidación fue terminado el 11 de junio de 2016, siendo el último liquidador el señor **JAVIER ROBAYO JÍMENEZ** (fl. 260 rev. cuad. 2 2ª inst).

III. ¿La medida cautelar decretada por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA a los PATRIMONIOS AUTÓNOMOS, torna inocua la medida adoptada por la Jueza A-Quo, pues lo perseguido en uno y otro trámite, es la protección del PATRIMONIO PÚBLICO?

Respecto a este argumento, considera este Juez colegiado que no tiene asidero, pues lo perseguido, tanto en el trámite fiscal como en la acción popular, es la protección del **PATRIMONIO PÚBLICO**, son acciones totalmente independientes y la naturaleza de la medida cautelar es preventiva, la cual se ejerce para evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio de los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (artículo 2 de la Ley 472 de 1998), por lo que su existencia no depende del trámite de otras acciones.

Independientemente de los procedimientos legales en los que puedan pretenderse fines similares, tales como, actuaciones fiscales, penales, administrativas y civiles paralelas, éstas no desnaturalizan el objeto de la **ACCIÓN POPULAR**, y no es improcedente frente otros mecanismos administrativos o judiciales de defensa.

En esos términos, se pronunció Alto Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

“ el que se adelanten actuaciones contractuales y fiscales paralelas, no desnaturaliza el objeto de la acción popular. (...)

El hecho de que la actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que sólo pueda acudir al ejercicio de las mismas, pues estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular, con el fin de conjurar en forma oportuna aquellos hechos u omisiones que podrían afectar a la comunidad, antes de que generen un daño, para extinguirlo si éste se está produciendo, o bien para restituir las cosas a su estado anterior si ello todavía es posible. En este sentido se precisa que **la acción popular es una acción principal y su procedencia no depende de la existencia o inexistencia de otras acciones.**

(...)

El ámbito dentro del cual se define la acción popular es el relativo a la amenaza o vulneración de derechos colectivos, de lo cual pueden desprenderse además, investigaciones de tipo penal, fiscal o disciplinario, que en nada afectan la iniciación, trámite y culminación de la acción popular. (negrilla y subrayado fuera del texto).¹⁷

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C.P. Ligia López Díaz. Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. No. 25000-23-24-000-1999-9001-0 (AP-300)

Acción Popular

Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**

Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**

Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

Tampoco existe certeza de que las acciones que ha ejercido el **DEPARTAMENTO DEL META** en procura de obtener el pago de los dineros invertidos en patrimonios autónomos y fiducias, sean mas eficaces que el trámite de protección de los derechos colectivos, por ende, se erige la **ACCIÓN POPULAR** como el mecanismo idóneo y principal en defensa de los derechos colectivos a la **MORALIDAD PÚBLICA** y **AL PATRIMONIO PÚBLICO**, y como ya se indicó, la Ley 472 de 1998 le otorgó amplias facultades al Juez Constitucional para decretar cualquier medida cautelar que **resulte adecuada** para salvaguardar y proteger el derecho colectivo que esté en inminente peligro o vulneración o sobre el cual de estarse produciendo un daño, no se prolongue por un término mayor, mientras se profiere la decisión final¹⁸.

IV. ¿Se debe dar aplicación al literal c) del artículo 26, de la Ley 472 de 1998, a FIDUAGRARIA y FIDUPETROL, ante el peligro de insolvencia por parte de éstas, que impida el cumplimiento de un eventual fallo?

Consideran los recurrentes que con la medida cautelar se les causaría un perjuicio de tal gravedad que le haría imposible cumplir un eventual fallo desfavorable, por lo que implicaría que la Entidad ya no existiría al momento del fallo.

Resulta claro que en Colombia, las **FIDUCIAS** deben responder frente a terceros, por todos aquellos daños y perjuicios que les causen por la inobservancia de los deberes fiduciarios que les impone la Ley, no importando para el efecto, que obre a título personal o como vocera de uno de sus **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS**, y deben ceñirse a un criterio de diligencia medio en el cumplimiento de su gestión, lo cual conlleva que la fiduciaria no pueda exonerarse o disminuir su responsabilidad.

Tenemos que, el artículo 2488 del **CÓDIGO CIVIL**, dispone que el Patrimonio es prenda general de los acreedores, es decir, que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677 ídem..

El principio consagrado en el artículo 2488, permite enunciar entonces, que el Deudor garantiza el pago de sus obligaciones con los activos que tiene o tendrá en su patrimonio, aun a falta de cualquier estipulación al respecto. Nuestro sistema jurídico le otorga al acreedor una serie de derechos y acciones que tienen como objetivo primordial satisfacer el crédito. El sujeto activo de la obligación cree en el

¹⁸ CE: Auto del 19 de mayo de 2016, Sección 1ª, radicado No 73001-23-31-000-2011-00611-01 (AP) A, C.P. **GUILLERMO VARGAS AYALA.**

Acción Popular

Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**

Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**

Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

deudor, confía en su solvencia futura y espera que los bienes materiales e inmateriales con valor pecuniario serán fuente de pago si el deudor no honra su compromiso.

A su vez, la **H. CORTE CONSTITUCIONAL**¹⁹, en sentencia C-145 del 5 de diciembre de 2018, dijo:

(...) el patrimonio del deudor es prenda común de todos sus acreedores (Art. 2492 del C. C.). Esta norma implica que todos los bienes que integran el patrimonio del obligado garantizan los créditos a su cargo y en el evento de incumplimiento puede ser perseguido por los acreedores. Sin embargo, cuando los bienes del deudor no son suficientes para cubrir las obligaciones insolutas, surge la institución de la prelación del créditos, a través de la cual a los titulares de un derecho de crédito, frente a una masa de bienes, se les aplican unas reglas mínimas, con la finalidad de garantizar la protección de las personas que por alguna característica especial merecen ser tratados de manera preferente frente a los demás acreedores^[47].

Es decir, las Fiduciarias deben responder por su actuaciones en las actividades propias de su gestión.

Por su parte, el literal d) o inciso, señala que corresponde a quien alegue estas causales demostrarlas.

Es claro para la Sala, que para evaluar si el demandado **FIDUAGRARIA S.A.**, pueda sufrir un perjuicio grave con la medida cautelar, es necesario conocer su estado financiero actual, es decir, sus estados contables, que incluye información tanto a nivel económico como patrimonial, permitiendo comprobar si está en buen momento o definir su buen estado.

A folio 958 a 963, del cuad. 5 de medidas cautelares, obra un concepto técnico realizado por el Abogado, **LUIS FERNANDO LÓPEZ ROCA**, relativo a la situación de insostenibilidad presupuestal, documento que no merece credibilidad por cuanto, en primera medida, no refleja la situación actual de la Entidad pues se realizó por el periodo comprendido entre los años 2013 y 2014 (fl. 957 cuad. 5 med. Cautelares); los balances reflejan como ingresos operacionales las sumas de \$ 15.481.563.096,14(2014) y 15.305.485.368.88 (2013) (fl. 957 cuad. 5 med. Cautelares), mientras que la certificación del Representante Legal de **FIDUAGRARÍA S.A.** al corte del 30 de junio de 2015, corresponde al valor de \$ 7.658.712.709 (fl. 970 cuad. 5 med. Cautelares); también el informe indica que se han producido pérdidas pero no señala por qué valor ni allega documentos soportando tal afirmación; hace proyecciones relativas a que en los próximos 2190 días no percibiría ingresos la Entidad, que no podría progresar, aseveración que no se tiene ningún sustento, incumpliendo con la

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-145 del 5 de diciembre de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera
Acción Popular
Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**
Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**
Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

exigencia del artículo 26, de la Ley 472 de 1998, en el literal d) o inciso, ya que corresponde a quien las alegue demostrar su oposición, pues como se señala, son apreciaciones subjetivas sin un mínimo de diligencia en el soporte probatorio, ya que no se trata de manifestar la oposición sino de acreditarla.

Además, los estados financieros o balances deben ser firmados por un **CONTADOR PÚBLICO**, tal como lo expresa el Decreto 2649 de 1993, en su artículo 33.

V.¿Al ser la FIDUCIARIA una Entidad pública como el DEPARTAMENTO DEL META, sus dineros son de naturaleza pública, por lo que no debe soportar la carga que se le imponen?

Frente a este argumento, es bueno aclarar que las fuentes del patrimonio de cada Entidad son diferentes, así como el carácter de la función administrativa que le corresponde a cada una, distinguiéndose sustancialmente, por lo que los deberes de gestión del patrimonio son autónomos y las responsabilidades se evalúan de manera diferenciada e independiente, lo cual no es óbice para indicar que nunca se puso en riesgo el patrimonio público al provenir los recursos del mismo Estado.

Los deberes de gestión del patrimonio y las eventuales responsabilidades por cuenta de dicha actividad deben ser evaluadas de manera diferenciada con respecto a cada una de las Entidades del Estado. Además, las Fiduciarias ejercen una actividad netamente comercial, mientras que el **DEPARTAMENTO DEL META** cumple una gestión en pro de la comunidad.

De acuerdo con el artículo 298 de la Constitución de 1991, el **DEPARTAMENTO** es una Entidad territorial que goza de autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio; manejan asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio. Ejercen funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los municipios y de prestación de los servicios que determinen la Constitución y las Leyes, mientras la **FIDUCIARIAS** y **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS**, ejercen una actividad netamente mercantil y financiera.

Sobre el particular, el **H. CONSEJO DE ESTADO**²⁰, señaló:

Es decir, el hecho de que se sostenga, desde una perspectiva genérica, que el patrimonio público corresponde al Estado y que, por consiguiente, no se afecta si no se constata una transferencia del mismo contraria a derecho, en perjuicio de una entidad pública (Estado) y en favor de un particular, no puede conllevar a desconocer que: i) en la práctica el Estado se concreta en personas de derecho público dotadas de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones; ii) que el acto de creación de la respectiva persona de derecho público, determina el alcance de dicha capacidad en relación con el patrimonio y la función administrativa que le han de corresponder; y iii) como es de suponerse, los deberes de gestión y las eventuales responsabilidades, se individualizan en cada caso, evaluando los referidos elementos de la capacidad de la correspondiente persona de derecho público.

Así pues, en el presente asunto, aunque el Municipio de Soacha y la CAR sean entidades de derecho público, salta a la vista que en lo relacionado con las fuentes que constituyen el patrimonio de cada entidad, así como por el carácter de la función administrativa que le corresponde a cada una, se distinguen sustancialmente; en consecuencia, los deberes de gestión del patrimonio y las eventuales responsabilidades por cuenta de dicha actividad deben ser evaluadas de manera diferenciada con respecto a cada una de ellas.

En otras palabras, el hecho de que la presunta afectación del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público se haya suscitado en virtud de una controversia de carácter patrimonial entre entidades de derecho público, no puede conducir a sostener que la vulneración no existió, so pretexto de que se trata de bienes que nunca salieron del patrimonio que se encuentra a cargo del Estado.

En efecto, para comprobar la transgresión del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, el Tribunal debió tener en consideración que el Municipio de Soacha es una persona de derecho público diferenciable que cuenta con un patrimonio propio que debe gestionar de manera autónoma para efectos de cumplir con las funciones y los fines que le fueron atribuidos por el ordenamiento jurídico (...) (negrilla fuera del texto).

Es por ello que el hecho de que se presente una controversia entre Entidades de derecho público, no es óbice para indicar que no pueda existir una afectación al derecho colectivo del **PATRIMONIO PÚBLICO**, bajo el argumento de que los recursos nunca salieron del patrimonio a cargo del Estado.

Los dineros que se transfirieron la titularidad de los mismos, a través de las **OFERTAS DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN** a particulares, fueron excedentes de regalías que se encuentran definidas por el artículo 360 de la Constitución, como una contraprestación económica que surge de la explotación de un recurso natural no renovable y cuya titularidad es del Estado, que se transfieren a título de participación a las Entidades territoriales, con el objeto de financiar proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las Entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia del 11 de abril de 2019. Rad. No. 25000-23-41-000-2012-00077-02 (AP).

Acción Popular

Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**

Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**

Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población²¹; que hacen parte del ingreso fiscal derivado de la renta petrolera, tal como lo ha mencionado el **DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN** en la guía de distribución de los recursos del sistema general de regalías entre fondos y beneficiarios²².

En cuanto a lo esgrimido por **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.** atinente a que no puede vincularse al trámite de una **ACCIÓN POPULAR** a una Entidad de derecho privado por la vulneración de derechos colectivos como lo es la moralidad administrativa, el artículo 15, de la Ley 472 de 1998, establece que corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acciones populares originadas en “actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”, en este sentido, basta verificar la connotación de “entidad pública” que detentan algunos de los sujetos procesales presentes en esta acción, para concluir que el conocimiento de ésta le corresponde a esta Jurisdicción especializada, en consideración al denominado “**fuero de atracción**”, si bien por regla general, cuando se dirige la demanda de **ACCIÓN POPULAR** contra un particular, es competencia de la Jurisdicción ordinaria, pero en este caso, en el que hay Entidades públicas y particulares, la competencia recae en esta Corporación, aunado a que se discute el paradero de dineros públicos, por lo que no es de recibo tal argumento.

También está acreditado el objeto social de cada una de las Entidades fiduciarias, como por ejemplo, la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. –FIDUAGRARIA S.A.-**, realiza la celebración, ejecución y desarrollo de negocios fiduciarios en general, entendiéndose por tales los contemplados en el artículo 29 del **ESTATUTO ORGANICO del SISTEMA FINANCIERO**, por ello se encuentra autorizada, entre otras, para administrar e invertir su patrimonio con el fin de obtener la mayor rentabilidad posible (fl. 61-63, 75-77, 124-127 cuad. 1 de 2ª inst).

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. María Elizabeth García González. Sentencia del 6 de septiembre de 2018. Rad. No.70001-23-33-000-2018-00019-91

²²<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/DNP/SR-G01%20Gu%C3%ADa%20de%20distribuci%C3%B3n%20del%20sistema%20general%20de%20regal%C3%ADas%20entre%20fondos%20y%20beneficiarios.Pu.pdf?>

Por su parte, la **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.**, se dedica al ejercicio de todas o algunas operaciones, actos y servicios propios de la actividad fiduciaria de acuerdo con la Ley 45 de 1923, **ESTATUTO ORGANICO** del **SISTEMA FINANCIERO** y el **CÓDIGO DE COMERCIO**. (fls. 130- 132 cuad. 1 de 2ª inst).

Según certificación de la **CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ D.C.** indica que la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN-** se encuentra en liquidación, con la matrícula cancelada el día 13 de julio de 2016 (Fls. 64-65, 128-129 cuad. 1 de 2ª inst).

Situación que nos permite inferir que el ejercicio de su actividad económica es meramente comercial, que no es propia del Estado al estar reguladas y vigiladas por la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA**.

VI.¿ Son responsables la Fiduciarios o Patrimonios Autónomos, por haber recibido los dineros del DEPARTAMENTO DEL META, a través de terceros?

Al analizarse la procedencia de la **ACCIÓN POPULAR**, continuará la Sala con el estudio de responsabilidad de las Entidades Fiducirias y Patrimonios Autónomos, al haber recibido los dineros provenientes del **DEPARTAMENTO DEL META**, a través de terceros, quienes fueron los que realizaron los negocios jurídicos directamente con el Ente territorial.

Del acervo probatorio aportado al expediente se vislumbra que entre los años 2006 y 2007, la Entidad Territorial dispuso de los dineros provenientes de excedentes de liquidez de las regalías petroleras, invirtiéndolos en **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** administrados por **FIDUCIARIAS** a través de los negocios jurídicos innominados de **OFERTA COMERCIAL DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN** celebrados con sociedades de carácter privado, donde la Administración Departamental aceptó la cesión de derechos económicos derivados de la ejecución de una serie de contratos de los que eran titulares personas jurídicas de naturaleza privada, en donde se apropiaron recursos del erario, bajo las siguientes operaciones:

La Sociedad **INTERMEDIO BIENES Y CAPITALES S.A.** el 23 de noviembre de 2007 y el 30 de noviembre de 2007, respectivamente, suscriben contratos de **MANDATO COMERCIAL** con **NESTOR SAMUEL GUTIERREZ**, Director Financiero del **DEPARTAMENTO DEL META**, en el que fueron consignados dineros de la Entidad territorial al **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ**

Acción Popular
Rad No. 50001-33-31-007-2008-00270-03
Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**
Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

TRANSATLANTICO administrado por la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.** (Fls. 635-640 C-4) de la cual este es beneficiario (Fls. 2109- 2111 y 2112-2114 C-10).

Por su parte, el **CONSORCIO PROYECTAR** integrado por las sociedades **INGENIEROS CONTRATISTAS ASOCIADOS S.A., INCONAL S.A., BEC INGENIERÍA S.A., INCOCIVIL LTDA** en calidad de **OFERENTES** dirigen la **OFERTA MERCANTIL DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO** derivados del **PATRIMONIO AUTÓNOMO PROYECTAR**, constituido en virtud del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago entre **FIDUAGRARIA S.A.** el **CONSORCIO PROYECTAR** del 6 de abril de 2006, con destino a **GERMAN GUTIERREZ** en su condición de Representante Legal y Tesorero de la **GOBERNACIÓN DEL META**, como inversionista beneficiario, negocio celebrado el 22 de diciembre de 2007 (fls. 52-55 C-1).

A su vez, la Sociedad **COSA COLOMBIANA S.A. - COSACOL.**, el 21 de febrero de 2007, suscribe la **OFERTA MERCANTIL DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO** derivados del **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDUAGRARIA FIDEICOMISO PATRIMONIO AUTÓNOMO COSACOL.** (Fls. 1645 C-8) con destino a la **GOBERNACIÓN DEL META** (Fls. 1641-1644 y 1655-1659 c-8).

Dicha Sociedad, suscribe la **OFERTA MERCANTIL DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO** derivados del **PATRIMONIO AUTÓNOMO COSACOL** de las cuales el **DEPARTAMENTO DEL META** es el beneficiario directo, de los contratos de fiducia convenidos con **FIDUAGRARIA S.A.** y la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. – FIDUPETROL S.A.- EN LIQUIDACIÓN-** (Fls. 380- 385 c-2 y fls. 1438-1465 c-7).

También, la Sociedad **COSA COLOMBIANA S.A. COSACOL S.A.** firma con la **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.** la **FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN DE PAGOS**, el 27 de noviembre de 2007, constituyéndose el **PATRIMONIO AUTÓNOMO F-C COSACOL 2007**, donde el inversionista beneficiario en principio era la sociedad **INTERMEDIO BIENES Y CAPITALES** (Fls. 781- 800 c-4), quien a su vez, solicita a la **FIDUCIA** tener como acreedor beneficiario al **DEPARTAMENTO DEL META**, por convenio celebrado con el Ente territorial (Fl. 816 c4).

Igualmente, la Sociedad **D&PE S.A.**, en calidad de oferente dirige la **OFERTA MERCANTIL DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO**, derivados del **PATRIMONIO AUTÓNOMO CARBONERO** conformado por **FIDUAGRARIA S.A.** el 26

de mayo de 2006 y el otro sí No. 1 del 21 de diciembre de 2006 (Fls.840-853 c-5), con destino al **DEPARTAMENTO DEL META** como inversionista beneficiario (Fls. 855-856 c-5), negocio celebrado el 17 de abril de 2007 (Fls. 88-91 c-1 y Fls. 836-839 c-5).

Asimismo, la Sociedad **CHACÓN BERNAL ASOCIADOS CI LTDA**, realiza la oferta mercantil de derechos de beneficio derivados del **PATRIMONIO AUTÓNOMO CHACÓN BERNAL** (Fls. 1741 C-8) conformada por **FIDUAGRARIA S.A.** y la mencionada sociedad **CHACÓN BERNAL ASOCIADOS CI LTDA**, con destino a **ALVARO DE JESÚS NIÑO MORALES**, Jefe de Tesorería del **DEPARTAMENTO DEL META**, como inversionista beneficiario, negocio jurídico que se celebró el 7 e noviembre de 2006 (Fls.2875-2879 c-13).

Observa la Sala que las operaciones celebradas por el **DEPARTAMENTO DEL META** de **OFERTAS COMERCIALES DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN**, con Sociedades de carácter privado, en donde se invirtieron los excedentes de liquidez en **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** administrados por **FIDUCIARIAS**, no se hizo cosa distinta que sustraer recursos públicos para ingresarlos a fondos privados cediendo la titularidad del dominio, pudiendo los particulares disponer a su antojo de los mismos, conducta que presuntamente contraviene el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, que a su tenor literal reza:

Artículo 17. Colocación de excedentes de liquidez. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1117 de 2013. Las entidades territoriales deberán invertir sus excedentes transitorios de liquidez en Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio.

Parágrafo. Las Entidades Territoriales podrán seguir colocando sus excedentes de liquidez en Institutos de Fomento y Desarrollo mientras estos últimos obtienen la calificación de bajo riesgo crediticio, para lo cual tendrán un plazo de un (1) año a partir de la vigencia de la presente ley.

Esas inversiones realizadas por el **DEPARTAMENTO DEL META**, evidentemente no se encuentran dentro de los negocios autorizados por el mencionado artículo, ni mucho menos, contaron con un estudio de riesgo, ni con el respaldo o garantía, afectando el erario público, pues a la fecha, aún no se ha logrado la recuperación de lo invertido, con el fruto de los intereses y la ganancia prometida.

A su vez, se estaría desconociendo los artículos 1502 y 1519 del C.C. en la medida de que las **OFERTAS COMERCIALES DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN**, presuntamente versaron sobre objeto

ilícito, pues como quedó ilustrado, los dineros provenientes de los excedentes de liquidez sólo debían invertirse en títulos de deuda pública interna de la Nación o en títulos que contaran con una alta calificación de riesgo crediticio o que fueran depositados en Entidades financieras calificadas como de bajo riesgo.

También, se contravienen los principios de economía y planeación que regulan la contratación de las Entidades Estatales, pues al suscribirse por parte del **DEPARTAMENTO DEL META** las **OFERTAS COMERCIALES DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN** con el fin de invertir dineros públicos en **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** ya constituidos en Entidades Fiduciarias, este tipo de inversiones no contaron con estudios de conveniencia, riesgos y/o rentabilidad, a pesar de que este tipo de negocios son innominados y no aparecen regulados en el **ESTATUTO DE LA CONTRATACIÓN**, circunstancia no lo sustrae de su carácter de contrato estatal ni lo releva del cumplimiento de las formas propias para su validez, esto es, que al momento de su celebración cuente con capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitas, pues en la práctica se hicieron operaciones de alto riesgo, por lo que debió tener mayor diligencia la Entidad Territorial y las **FIDUCIARIAS**, que actuaron como voceras de los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS**.

Avizora la Sala que al invertirse dineros públicos en negocios fiduciarios y en patrimonios autónomos, estas operaciones van en contravía de lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 en cuanto a la celebración del contrato de **FIDUCIA PÚBLICA**, dispuesto en el artículo 32, norma que prohíbe la transferencia del dominio sobre los recursos oficiales fideicomitidos, como la constitución de **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** independientes del Ente Territorial y porque no se cumplió con una etapa precontractual de concurso o licitación pública que garantizara los estudios de conveniencia, riesgos, rentabilidad, procurando por el respeto de los principios de publicidad, selección objetiva, transparencia y moralidad, atentándose posiblemente contra el patrimonio público.

Está plenamente acreditado dentro del plenario, que los dineros públicos fueron transferidos a título traslativo de dominio por parte del **DEPARTAMENTO DEL META** a particulares para inyectar capital para el desarrollo de actividades de naturaleza privada a cargo de los fideicomitentes, que a su vez los depositaron en **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** previamente suscritos con las Entidades Fiduciarias, quienes sirvieron como vehículo receptor de recursos oficiales, con una mera expectativa de readquisición, sin una garantía a favor del Ente Territorial pues este solo contaba con el certificado de derechos de beneficio el cual no tiene un

carácter vinculante para los fideicomitentes ni oponible a la fiduciaria, por cuanto, el deber de pago de la inversión se condicionó a la disponibilidad de recursos en el patrimonio autónomo a la conclusión del término pactado, es decir, el único respaldo de las operaciones era la voluntad de pago de los fideicomitentes y no se garantizó el retorno de la suma entregada por parte de la Entidad Pública.

Reitera la Sala que las **OFERTAS COMERCIALES DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN** que fueron utilizadas por el **DEPARTAMENTO DEL META** y las Sociedades de derecho privado para viabilizar el traspaso de los recursos públicos hacia los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** corresponden a contratos estatales que debieron sujetarse a los principios establecidos en la Ley 80 de 1993, asimismo, este negocio jurídico innominado y atípico contraría el artículo 17, de la Ley 819 de 2003, donde reglamenta el destino que pueden dar las Entidades territoriales, a los excedentes de liquidez.

Aunado a que como lo establece el artículo 32 del **ESTATUTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**, la celebración de los negocios jurídicos no pierden su connotación de **CONTRATOS ESTATALES**, entre los que se encuentran los **ENCARGOS FIDUCIARIOS** y la **FIDUCIA PÚBLICA**, imponiendo a las partes las cargas de verificar los requisitos de esencia de la relación contractual, como los relativos al consentimiento válido, la capacidad de obligarse, el objeto y causa lícitos, elementos últimos que a su vez se hallaban coligados a las disposiciones a través de las cuales se reglamenta el uso temporal de los recursos, que por esa vía, se irían a comprometer, y que de manera particular, limitaban la autonomía de la voluntad de la Administración.

Como ya se ilustró a través de los contratos de **OFERTAS COMERCIALES DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN** se transpararon dineros públicos a particulares que estuvieron coligados a **FIDUCIAS MERCANTILES** y a la inversión en **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS**, negocios fiduciarios que se rigen bajo lo dispuesto en el Decreto 1049 de 2006, el cual reglamentó los artículos 1233 y 1234 del C.Co. en el que pesan los deberes de diligencia, profesionalismo, especialidad, asesoría y protección de los bienes fideicomitados, entre otros, respondiendo hasta por culpa leve, las Entidades Fiduciarias.

Es por ello que las Entidades Fiduciarias que intervinieron en la estructuración de los negocios, pese a conocer el riesgo de los mismos, sabían que los fideicomitentes requerían de liquidez, la cual se adquirió de los dineros que aportó el

DEPARTAMENTO DEL META, siendo conocedores que los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** se alimentarían de dineros públicos y la única verificación que realizaron fue lo relativo al estudio de lavado de activos, desconociendo a toda luz del carácter público de los recursos y colaborando al **FIDEICOMITENTE** en celebrar contratos que directamente no podía celebrar con el inversionista beneficiario, contrayendo el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1049 de 2006, ya que la Entidad Territorial no podía invertir sus excedentes de liquidez para apalancar inversiones particulares, y menos, transferir el dominio de recursos del erario público.

En esa medida, las Entidades Fiduciarias no se pueden desligarse de la responsabilidad al no tener el deber objetivo de cuidado y permitir la materialización de operaciones no autorizadas por la Ley, en ese sentido, la **H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, ha precisado:

"[...] cuando se responde por el hecho ajeno, se está respondiendo **no por la culpa ajena sino por la propia**, concretada en no haber tomado las medidas del caso para evitar que el daño se produjera, esto es, en haber violado el deber de cuidado en la vigilancia (p. e. si se trata de hijos menores) o en la elección o vigilancia (p. e. cuando se trata de subordinados contractualmente), **por lo cual las dos culpas, la del autor directo del hecho y la del tercero, aunque relacionadas frente al daño causado, no se pueden confundir. Se responde por el hecho ajeno porque la propia culpa es una de sus causas.** Como lo sostiene la doctrina civil: el daño ha sido causado por la culpa de varias personas, en que la culpa más próxima es la del que se halla bajo el cuidado de otra persona; y la más alejada o remota, pero determinante con relación al daño, es la del vigilante que habiendo podido evitar el daño, no lo evitó"²³.

Es por ello que al permitir la Entidad Fiduciaria, que la fuente de liquidez de los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** fueran recursos públicos provenientes del **DEPARTAMENTO DEL META**, no pueden los recurrentes **PATRIMONIO AUTÓNOMO PROYECTAR ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A.**, el **PATRIMONIO AUTÓNOMO COSACOL ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A.**, el **PATRIMONIO AUTÓNOMO CARBONERO ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A.**, el **PATRIMONIO AUTÓNOMO CHACÓN BERNAL ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A.** y las Fiducias **FIDUAGRARIA S.A.**, **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.** y la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN**, eximirse de responsabilidad, pues fueron partícipes de operaciones altamente riesgosas no autorizadas por la Ley, estando debidamente vinculadas no solo como **FIDUCIARIAS** sino como voceras de los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** que se nutrieron del erario, ya que debieron verificar la legalidad de los dineros para aceptar su ingreso, yendo en contravía de lo dispuesto en el Decreto 1049 de 2006, norma que establece:

²³ Cfr. Casación N°20787, 26 de noviembre de 2003
Acción Popular
Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**
Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**
Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

"[...] **Derechos y deberes del fiduciario.** Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aún cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo. En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

Parágrafo. **El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales**". (Negrillas fuera de texto)

Por ello le correspondía a las **FIDUCIAS** advertir al **DEPARTAMENTO DEL META**, sobre el riesgo previsible que se cernía sobre los caudales públicos, o simplemente no admitir a la Entidad Territorial como inversionista beneficiario, pues contaba con esa potestad, en cumplimiento de los especiales deberes que pesan sobre todas las Entidades fiduciarias a partir de las previsiones del artículo 1234 del **CÓDIGO DE COMERCIO** y de las contenidas en el **ESTATUTO ORGÁNICO del SISTEMA FINANCIERO**, particularmente aquellos relativos a "información"; "diligencia, profesionalidad y especialidad"; y "previsión", desarrollados en la Circular Básica Jurídica 007 de 1996²⁴, aunado a que debe evitarse consignar cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno, erigiéndose la responsabilidad de la Sociedad fiduciaria.

En un caso similar al que nos ocupa, el **H. CONSEJO DE ESTADO**, determinó que existe una conexidad y dependencia entre los contratos de **OFERTAS COMERCIALES DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN** donde se traspasaron dineros públicos a particulares y la constitución de **FIDUCIAS MERCANTILES y PATRIMONIOS AUTÓNOMOS**, relación contractual que considera como contratos coligados o conexos, textualmente dijo:

²⁴ Cfr. Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, definidos así: a) "**Deber de información:** Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, deber que les asiste desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del contrato. El alcance de esta obligación deberá consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato. b) **Deber de diligencia, profesionalismo y especialidad:** En su actuar, las sociedades fiduciarias deberán tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido deberán abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para el desarrollo de tales negocios. c) **Deber de previsión:** La sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, debe prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitados y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual.

Se sostiene que el Contrato de Fiducia Mercantil irrevocable de Administración y Fuente de Pago, suscrito entre **FIDUAGRARIA S.A. y COSACOL S.A.** sirvió de fundamento para que el Departamento de Casanare suscribiera las Ofertas de Cesión de Derechos de Beneficio con pacto de Readquisición con **CHACÓN BERNAL ASOCIADOS LTDA.**, circunstancia que determinó la existencia de una interdependencia entre estos dos negocios jurídicos, porque: el Contrato de Fiducia consideró las Ofertas de Cesión como la fuente de ingreso de los recursos necesarios para desarrollar su objeto –servir de fuente de pago de CHACÓN BERNAL ASOCIADOS LTDA.; que las Ofertas de Cesión de Derechos presuponian la existencia de un Patrimonio Autónomo previamente constituido a través de un Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago; que es evidente que dentro del clausulado del negocio fiduciario se contemplaba como una obligación a cargo de los Inversionistas Beneficiarios, es decir, los que aceptarían la oferta de cesión, conocer los términos del Contrato de Fiducia y someterse a ellos.

Que esa conexidad y dependencia de los contratos mencionados es conocida como contratos coligados o conexos, definidos como “aquellos en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen”²⁵ y “habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios deba entenderse que desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija , o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión”²⁶.

Que de acuerdo con la Doctrina y la Jurisprudencia, se puede concluir que en este caso “existe una conexidad de los contratos, pues se dan los dos elementos fundamentales para predicarse, como es la existencia de dos o más contratos y el nexo funcional entre los dos, es decir, que exista una interdependencia económica objetiva”²⁷.

(...)

El Departamento del Casanare, previo conocimiento del Contrato de Fiducia Mercantil suscrito entre **FIDUAGRARIA S.A. y CHACÓN BERNAL ASOCIADOS LTDA.**, suscribió con esta última una Oferta de Cesión de Derechos de Beneficio con Pacto de Readquisición, por lo cual dineros públicos, que no dejaron de serlo al ingresar al Patrimonio Autónomo, pasaron a ser parte del Patrimonio Autónomo administrado por **FIDUAGRARIA S.A.**; de manera que el ente territorial se convirtió en Inversionista Beneficiario en los términos del Contrato de Fiducia Mercantil.

FIDUAGRARIA S.A. conoció que al Patrimonio Autónomo que administraba ingresaron dineros del Departamento de Casanare, pues los dineros públicos fueron consignados en su cuenta bancaria; además, la Vicepresidencia de Negocios Fiduciarios certificó su calidad de Inversionista Beneficiario.

Los dineros públicos que **FIDUAGRARIA S.A.** recibió del Departamento de Casanare no fueron recuperados, luego es indudable que hubo un daño al patrimonio público, en cuya configuración contribuyó la Fiduciaria al omitir su deber de verificar, constatar y exigir el efectivo ingreso de los recursos al Patrimonio Autónomo por cuenta del contrato celebrado por **CHACÓN BERNAL ASOCIADOS LTDA.** con la sociedad mencionada, en la oportunidad y en la cantidad necesaria para atender las obligaciones contraídas en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil.

Precisamente atendiendo la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001 de la Corte Constitucional, citada por el actor, al ingresar dineros públicos al

²⁵ Olarte Encabo Sofía, negocios jurídicos adhesivos y sistemas de Contratación Colectiva, España, José María Bosh Editor.

²⁶ Sentencia de 1º de junio de 2009 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente núm. 2002-00099-01, M.P. doctor William Namen Vargas.

²⁷ Sentencia de 25 de septiembre de 2007, *ídem*, expediente 2000-00528-01, M.P. doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Patrimonio Autónomo, **FIDUAGRARIA S.A.** como administradora se convirtió en gestor fiscal. (...) ²⁸.

En cuanto a la exoneración de las **FIDUCIARIAS** como voceras de los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** en los negocios jurídicos anteriormente reseñados, éstas corresponden a un asunto de fondo que no debe resolverse en esta etapa procesal, tal como lo prescribe el artículo 23, de la Ley 472 de 1998, sin embargo, es importante resaltar que en esta etapa procesal sin que implique un prejuzgamiento, se encuentra probada la relación sustancial a través de los contratos coligados entre las **ENTIDADES FIDUCIARIAS**, las Sociedades de derecho privado con que se constituyeron **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** y el **DEPARTAMENTO DEL META** con quien se celebraron los contratos de **OFERTAS COMERCIALES DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN**, donde se transfirieron recursos públicos, relaciones negociales que permiten colegir la existencia de un vínculo contractual, por ende le asiste razón a la A-Quo a la vinculación de las Entidades Fiduciarias que actúan como voceras de los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS**, sin que sean terceros de las relaciones negociales.

Por lo tanto, no le asiste razón a los recurrentes cuando mencionan que no tuvieron participación alguna en los negocios de **OFERTAS COMERCIALES DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN** que celebró el **DEPARTAMENTO DEL META** con las Sociedades de derecho privado, pues como ya quedó ilustrado, estas tenían el deber de diligencia, profesionalismo, especialidad, asesoría y protección de los bienes fideicomitidos, que establece el Decreto 1049 de 2006, no limitándose a verificar solamente lo concerniente al estudio de lavado de activos, sino verificando el carácter público de los recursos fideicomitidos y su legalidad, la capacidad para celebrar la colocación de los excedentes de liquidez regulados por el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, por lo que al consentir este tipo de negocios jurídicos, las **FIDUCIAS** fueron participes de operaciones riesgosas no autorizadas por la Ley, yendo en contravía de lo dispuesto en la Circular Básica Jurídica 007 de 1996 de la Superbancaria y del Estatuto de la Contratación, dada las cuantiosas sumas de dinero que se invirtieron, exigía una extrema diligencia por parte de las Fiduciarias al momento de investigar el origen de los recursos, situación que no ocurrió y que en la actualidad estos recursos aún no han retornado a la Entidad Territorial ²⁹.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 15 de septiembre de 2016. C.P. María Elizabeth García González. Rad. No. 25000-23-41-000-2013-02564-01

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Oswaldo Giraldo López. Sentencia del 21 de mayo de 2020. Rad. No. 25000-23-41-000-2013-02566-01

Es por ello que los reproches endilgados por **FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.** y la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN**, de que no se cumplen con los presupuestos de procedencia de la medida cautelar como lo es estar debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, observa la Sala que según el acervo probatorio aportado y como ya se señaló anteriormente, se adelantaron operaciones ilegítimas que permitieron que particulares se apropiaran del patrimonio público, vulneraciones al ordenamiento jurídico que atañen a:

- 1) la sustracción de recursos públicos para ingresarlos a fondos privados cediendo la titularidad del dominio, conducta que va en contravía del artículo 17 de la Ley 819 de 2003, norma que establece el deber de inversión en títulos de deuda pública interna o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio;
- 2) se desconoció los artículos 1502 y 1519 del C.C. atinentes a la capacidad y objeto lícito;
- 3) no se hizo por parte del **DEPARTAMENTO DEL META** un estudio de riesgo de la inversión, la cual no contó con un respaldo o garantía;
- 4) se contravino lo dispuesto en el artículo 32 numeral 5º de la Ley 80 de 1993, pues en los contratos de fiducia pública no se autoriza la transferencia del dominio sobre bienes o recursos estatales, ni la constitución de patrimonios autónomos, situación que es propia de la fiducia mercantil, por ende no se sustrae de su calidad de contrato estatal debiendo observar los principios del Estatuto de la Contratación;
- 5) no se observan los requisitos de validez del negocio jurídico pues no se contaron con los requisitos de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, ya que en la práctica se hicieron operaciones de alto riesgo debiendo tener mayor diligencia la Entidad Territorial y las Fiduciarias que actuaron como voceras de los patrimonios autónomos;
- 6) no se tuvo en cuenta los deberes de diligencia, profesionalismo, especialidad, asesoría y protección de los bienes fideicomitidos, bajo lo dispuesto en el Decreto 1049 de 2006 al no verificarse la legalidad de los dineros, el cual reglamentó los artículos 1233 y 1234 del C.Co.;
- 7) se contravino el artículo 1º del Decreto 1049 de 2006, ya que la Entidad Territorial no podía invertir sus excedentes de liquidez para apalancar inversiones particulares y menos transferir el dominio de recursos del erario;
- 8) las Fiducias debieron advertir al **DEPARTAMENTO DEL META**, sobre el riesgo previsible que se cernía sobre los caudales públicos, o simplemente no admitir a la Entidad Territorial como inversionista beneficiario, pues contaba con esa potestad, en cumplimiento de las previsiones del artículo 1234 del Código de Comercio y de las contenidas en el estatuto orgánico del sistema financiero, particularmente aquellos relativos a “información”; “diligencia, profesionalidad y especialidad”; y “previsión”, desarrollados en la Circular

Básica Jurídica 007 de 1996³⁰, aunado a que se desnaturalizó el negocio fiduciario, erigiéndose así la responsabilidad de las sociedades fiduciarias; por lo que en esta etapa procesal se encuentra también satisfecha la necesidad de la medida, al ser tan evidentes las irregularidades presentadas en la constitución de los negocios fiduciarios donde emerge la importancia de la medida cautelar en aras de proteger el patrimonio público pues este fue administrado de manera irregular.

VII. ¿Se está privilegiando la acreencia del DEPARTAMENTO DEL META la Jueza A-Quo, desconociendo de esta manera, el derecho de la igualdad de los acreedores de la Entidad ?

Respecto a la censura se dirá que el mismo **ESTATUTO PROCESAL CIVIL**, contempla en su artículo 558 la prelación de embargos, por lo que sólo tiene prelación el que se decreta con base en título hipotecario o prendario de bienes sujetos a registro, de manera que, respecto de embargos originados en acciones personales, no existe la posibilidad de que se registren de manera concurrente, salvo las excepciones establecidas en el artículo 691 del C.P.C.

En ese sentido, debe tenerse clara la diferencia entre la prevalencia de embargos y la prelación de créditos, conceptos que han sido abordados por la **H. CORTE CONSTITUCIONAL**, en sentencia C-664 de 2006, donde indicó lo siguiente:

“(…)

La prelación de embargos es, por lo tanto, una figura de carácter procesal que “atiende la finalidad propia de las medidas cautelares: garantizar el cumplimiento de la obligación debida y evitar la insolvencia del deudor”[19]³¹, tal finalidad guarda relación con los principios de eficacia y celeridad de la administración de justicia, con el derecho de acceso a la administración de justicia y así mismo contribuye a la igualdad procesal[20]³².

Mientras que la prelación de créditos es una figura de carácter sustancial que corresponde a una valoración legislativa sobre la importancia de los

³⁰ Cfr. Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, definidos así: a) “**Deber de información:** Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomiendan, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, deber que les asiste desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del contrato. El alcance de esta obligación deberá consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato. b) **Deber de diligencia, profesionalismo y especialidad:** En su actuar, las sociedades fiduciarias deberán tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido deberán abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para el desarrollo de tales negocios. c) **Deber de previsión:** La sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, debe prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual.

³¹ [19] Sentencia T-557 de 2002.

³² [20] Sobre el sustrato constitucional de las medidas cautelares pueden consultarse las sentencias C-054 de 1997, C-255 de 1998, C-925 de 1999, C-379 de 2004 entre otras.

créditos en atención bien sea a la persona del deudor, a la naturaleza del crédito o a las garantías que respaldan el cumplimiento de la obligación. /.../”

(...) Por su parte, la prelación de créditos es de carácter sustancial, que consiste en una graduación de los mismos efectuada por el legislador, que corresponde al juez aplicarla en los procesos judiciales y cuya finalidad es cumplir con el pago efectivo de las obligaciones a cargo del deudor, en el orden de preferencia establecido, de tal suerte que si obligaciones pecuniarias del deudor frente a diferentes acreedores no pueden ser cumplidas con los bienes existentes, se pagarán hasta donde sea posible y de acuerdo con el orden fijado por la ley (Código Civil, arts. 2488 y ss).

Queda claro entonces, que el **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL** es quien establece ya sea la prelación de embargos y de créditos, situación que no se advierte en los autos objeto de apelación, de igual modo, el Alto Tribunal Constitucional, menciona que “siempre existirá un embargo que tenga prelación sobre los demás, en la medida que sobre un bien sólo puede haber una medida cautelar vigente, salvo casos de excepción donde se permite la concurrencia de embargos”³³, que de la lectura de las decisiones tomadas por el A-Quo no se observa un privilegio de la acreencia del **DEPARTAMENTO DEL META** y que en caso de que un acreedor llegue con posterioridad a un embargo y no se encuentre en situación de prelación, puede acudir al embargo de remanentes, tal como lo preceptua el artículo 543 del C.P.C..

Finalmente, se analizará la necesidad de limitar el monto de los embargos aplicando lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 681 del C.P.C. replicada hoy por el numeral 10º del artículo 593 del C.G.P..

Esta norma establece:

ARTÍCULO 593. EMBARGOS. Para efectuar embargos se procederá así:

(...)

10. El de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, se comunicará a la correspondiente entidad como lo dispone el inciso primero del numeral 4, debiéndose señalar la cuantía máxima de la medida, que no podrá exceder del valor del crédito y las costas más un cincuenta por ciento (50%). Aquellos deberán constituir certificado del depósito y ponerlo a disposición del juez dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación; con la recepción del oficio queda consumado el embargo. (negrilla y subrayado fuera del texto).

Se verificará la necesidad de limitar el monto de los embargos y si las sumas fijadas por el A-Quo en el auto del 31 de julio de 2014, al decretar la medida cautelar que sopesa en las Entidades Fiduciarias y Patrimonios Autónomos resulta excesiva, dándose aplicación a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 681 del C.P.C. replicada hoy por el numeral 10º del artículo 593 del C.G.P..

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-664 del 16 de agosto de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
Acción Popular
Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**
Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**
Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

Según la certificación aportada por el Gerente de Tesorería del **DEPARTAMENTO DEL META** del 23 de mayo de 2019 (Fls. 29-30 cuad. 1 2ª inst), actualizada a solicitud del Despacho el día 25 de agosto de 2020, se pudo establecer los saldos pendientes que adeudan las **FIDUCIAS** y los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS** que se constituyeron con recursos de regalías petrolíferas al Ente Territorial que no han tenido ninguna recuperación, por lo que se puede establecer lo siguiente:

Carpeta	Egreso o giro	Patrimonio	Valor	Fiduciaria	Fecha de constitución
3A	12984 Fiduagraria	Consorcio proyectar	\$4.000.000.000	Fiduagraria	18-04-07
3B	12984 Fiduagraria	Consorcio proyectar	\$6.000.000.000	Fiduagraria	18-04-07
5	14439 Fiduagraria	Chacón Bernal	\$6.000.000.000	Fiduagraria	10-11-06
6	Fiduagraria 17377	Consorcio proyectar	\$1.000.000.000	Fiduagraria	21-12-06
7	01 Fiduagraria	A Cosacol operación 27.9	\$2.500.000.000	Fiduagraria	3-01-07
8	07 Fiduagraria	A Cosacol operación 37.4	\$7.000.000.000	Fiduagraria	15-01-07
12	4048 Fiduagraria	A Carbonero	\$5.000.000.000	Fiduagraria	16-04-07
14	6054 Fiduagraria	A Cosacol operación 31.1	\$4.605.726.657	Fiduagraria	22-05-07
17	7713 y 7712 Fiduagraria	A Cosacol	\$3.000.000.000	Fiduagraria	25-06-07
17	7713 y 7712 Fiduagraria	A Cosacol	\$1.000.000.000	Fiduagraria	25-06-07
17	7713 y 7712 Fiduagraria	A Cosacol	\$5.000.000.000	Fiduagraria	25-06-07
19	10778 Fiduagraria	A Cosacol	\$12.000.000.000	Fiduagraria	10-08-07
22	15980 INTERMEDIO BIENES Y CAPITALES	A Cosacol	\$4.356.095.144	Fiduagraria	8-11-07
23	16229 INTERMEDIO BIENES Y CAPITALES	A Cosacol	\$6.000.000.000	Fiduagraria	16-11-07
TOTAL VALOR ADEUDADO POR			\$ 67.461.821.771		
FIDUAGRARIA S.A.					
18	7711 Fiduagraria	A Cosacol	\$7.000.000.000	Fidupetrol	26-06-07
22	15980 INTERMEDIO BIENES Y CAPITALES	A Cosacol	\$2.643.904.856	Fidupetrol	8-11-07

TOTAL VALOR ADEUDADO POR				\$ 9.643.904.856			
FIDUPETROL							
27	17719	A	A	Cosacol	\$4.000.000.000	Fiducolpatria	23-11-07
	INTERMEDIO BIENES CAPITALES		Y				
TOTAL VALOR ADEUDADO POR FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.				\$ 4.000.000.000			

Ahora bien, se hará un paralelo del valor que adeudan las Fiduciarias al 25 de agosto de 2020, con la medida cautelar decretada en el auto del 31 de julio de 2014 y el monto máximo que establece el numeral 11 del artículo 681 del C.P.C. replicado hoy por el numeral 10º del artículo 593 del C.G.P..

Fiduciaria	Valor adeudado	Medida decretada en auto del 31 de julio de 2014	Cuantía máxima la medida	Excede
FIDUAGRARIA S.A.	\$ 67.461.821.771	\$ 94.658.589.986	\$ 101.192.732.656	No
FIDUPETROL	\$ 9.643.904.856	\$ 46.402.189.284	\$ 14.465.857.284	Sí
FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.	\$ 4.000.000.000	\$ 6.000.000.000	\$ 6.000.000.000	No

Conforme a lo anterior, es claro que la medida que se le decretó a **FIDUAGRARIA S.A. y FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.** no excede el monto máximo que establece el numeral 11 del artículo 681 del C.P.C. replicado hoy por el numeral 10º del artículo 593 del C.G.P., es decir, no excede el límite del valor del crédito más el 50% y por ende no resulta desproporcional, sin embargo, no ocurre lo mismo con la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A.- EN LIQUIDACIÓN-** donde si resulta excesiva la medida cautelar decretada por el A-Quo, por tal razón se adecuará la limitación del embargo a la cuantía máxima reduciéndose a la suma de **CATORCE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$ 14.465.857.284).**

Corolario de lo expuesto, se **CONFIRMARÁ** en su integridad el auto proferido el 1 de julio de 2011, por el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, mediante el cual se accedió al decretó la medida cautelar solicitada por el Accionante (Fls. 6 – 17 cuad. 1 medidas cautelares), y se **MODIFICARÁ** de manera parcial el auto proferido el 31 de julio de 2014³⁴, por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, mediante el cual limitó el embargo decretado (fls 418 – 431 C- 3

³⁴ Por auto del 24 de julio de 2015, se corrigió que la fecha del auto era del 31 de julio de 2014 y no 31 de agosto de 2014, como se había inicialmente plasmado (Fls 893 – 922 C- 5 medidas cautelaras).

medidas cautelares) únicamente en lo que respecta a la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN.**

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META,**

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 1 de julio de 2011, mediante el cual el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO,** accede al decretó la medida cautelar solicitada, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR de manera parcial el auto del 31 de julio de 2014³⁵, proferido por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO** mediante el cual limitó el embargo decretado únicamente en lo que respecta a la **FIDUCIARIA PETROLERA S.A. –FIDUPETROL S.A- EN LIQUIDACIÓN-** descendiendo a la suma de **CATORCE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$ 14.465.857.284).**

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase al Juzgado de origen para que continúe con el trámite correspondiente, previo las **DESANOTACIONES** correspondientes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.-

Estudiada y aprobada en Sala Decisión de la fecha, según Acta No. 034.-

Teresa De Jesus Herrera Andrade

Magistrado(a)

Tribunal Administrativo Del Meta

Hector Enrique Rey Moreno

Magistrado(a)

³⁵ Por auto del 24 de julio de 2015, se corrigió que la fecha del auto era del 31 de julio de 2014 y no 31 de agosto de 2014, como se había inicialmente plasmado (Fls 893 – 922 C- 5 medidas cautelaras).

Acción Popular

Rad No. **50001-33-31-007-2008-00270-03**

Accionante: **GERMAN ANDRES PINEDA BAQUERO**

Accionado: **GOBERNACIÓN DEL META y OTROS.**

Tribunal Administrativo Del Meta

NELCY VARGAS TOVAR

Magistrado(a)

Tribunal Administrativo Del Meta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

f11a0de3d4001787d064e895bb9b4aaa0744d2e9ec012c8c204cb55bfae3470e

Documento firmado electrónicamente en 23-10-2020

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica/frmValidarFirmaElectronica.aspx>