

LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LOS PROCESOS

EJECUTIVOS

Dr. JUAN GUILLERMO VELASQUEZ G.

I. INTRODUCCION

La regulación lógica, sistemática y ponderada de las medidas cautelares ha sido de especial preocupación del legislador colombiano, aunque no siempre la ha logrado así, o la regulación legal ha sido injusta, o ha sido deficiente, o ha dejado vacíos. Por causa de esas omisiones, deficiencias e injusticias, le ha correspondido al juez imponer la solución, unas veces correctamente, pero en otras de manera injusta o inapropiada. En ocasiones ha sido la doctrina particular la que ha propuesto las soluciones.

La referencia anterior no alude exclusivamente a las medidas cautelares que pueden darse en los procesos ejecutivos. Basta observar, por ejemplo, el embargo y secuestro de bienes previstos en la Ley 23 de 1982, sobre protección de los derechos de autor, cuando en su artículo 244 los autoriza para que se practiquen extraprocesalmente y una vez perfeccionados puedan perdurar indefinidamente, pues no existe norma legal que disponga un término para que el correspondiente proceso para el pago de perjuicios se promueva por el presunto afectado por la lesión de sus derechos de autor. La oposición a ese secuestro también ha tenido diferentes interpretaciones, desde el que la acepta, como aquella que la rechaza en todos los casos con la falsa tesis de que los derechos del opositor deberán discutirse y probarse en el correspondiente proceso judicial que, para el reconocimiento de perjuicios, promueva quien pidió y logró la medida cautelar.

En el Código de Procedimiento Civil no es extraño hallar normas que merezcan cuestionamientos o que originen diversas interpretaciones.

Tratándose de las medidas cautelares así ha sucedido. Para muestra puede observarse como no existe disposición alguna que las autorice en el proceso

especial de liquidación de una sociedad civil o comercial. No obstante, los jueces generalmente decretan a petición de parte el embargo y secuestro de los bienes que se denuncien como sociales. Hecho esto, el socio cuyo bien propio le ha sido embargado y secuestrado no encuentra la norma legal que expresamente le indique cómo hace para que esas medidas cesen respecto de sus propios bienes. (Aquí habría que acudir a la analogía y aplicar el artículo 692 del C. de P.C.).¹

¿Qué podría decirse en relación con las medidas cautelares? No es fácil hacer una síntesis del complejo mundo de las medidas cautelares. Por un lado, sería necesario precisar el concepto, pues también la legislación y doctrina, especialmente foránea, pone de presente la existencia de procesos cautelares y de providencias cautelares (entre éstas se ubican las sentencias de condena al pago de perjuicios, dictadas en los procesos contenciosos de conocimiento).

En el caso colombiano no existe mayor dificultad para entender lo que son las medidas cautelares, como actos judiciales dirigidos a asegurar el cumplimiento de una obligación o deber de origen judicial, legal o convencional.

Si se quisiera indagar sobre los aspectos que podría comprender un desarrollo más o menos prolijo de las medidas cautelares, el temario podría conducir al desarrollo del siguiente esquema:

I. NOCIÓN.

- a) Definición. Medidas preventivas. Medidas previas. Proceso. Procedimiento.
- b) ¿Son taxativas las medidas cautelares?
- c) ¿En cuáles procesos las autoriza la ley?
- d) Las medidas cautelares y la economía local o nacional.
- e) Las medidas cautelares y la protección del deudor.

II. CLASES.

1. Personales:

- a) Depósito de Personas. Menores, dementes, cónyuges.
- b) Arraigo de personas.
- c) Medidas penales de aseguramiento.
- d) Examen de la mujer separada para establecer el estado de embarazo.

¹ El Tribunal Superior de Medellín –Sala de Decisión Civil–, en Auto de agosto 31 de 1972, consideró que las medidas cautelares no eran procedentes en el proceso ordinario tendiente a la declaración de existencia de una sociedad de hecho, pues esa pretensión era de carácter personal y el artículo 690 del C. de P.C. únicamente autorizaba esas medidas para cuando la pretensión era real

2. Patrimoniales:

- a) Inscripción de demanda.
- b) Embargo de Bienes.
- c) Secuestro de Bienes.
- d) Guarda y Aposición de Sellos.
- e) Sobre edificio que amenace ruina o árbol mal arraigado (artículo 450 del Código de Procedimiento Civil).
- f) Artículo 568 del Código de Comercio.
- g) Suspensión provisional de decisiones de asambleas o juntas de socios.
- h) Medidas cautelares previstas en las Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993 sobre derechos de autor (Prohibición de presentación, ejecución, exhibición de obra teatral, musical, cinematográfica, etc.- Embargo y secuestro de bienes).
- i) Caucciones.

III. MEDIDAS CAUTELARES PROCESALES Y EXTRAPROCESALES.**IV. MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS EJECUTIVOS.**

- a) Petición. Requisitos.
- b) Caución.
- c) Decreto. Término para resolver. Notificación de medidas cautelares.
- d) Práctica.
- e) Oposiciones.
- f) Levantamiento del embargo.
- g) Levantamiento del secuestro.

V. BIENES INEMBARGABLES.

- a) Consagrados en el C. de P.C.
- b) Consagrados en otras disposiciones.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS EJECUTIVOS.

Aunque en diferentes procesos contenciosos de conocimiento y de liquidación y, en general, en todos los de ejecución, son no solamente posibles sino útiles las medidas cautelares patrimoniales, es en el proceso ejecutivo para pago de sumas de dinero, más que en cualquier otro, donde se puede

apreciar la necesidad de asegurar el cumplimiento de la obligación con bienes del demandado de valor suficiente para cubrirla, en el evento de que aquél no satisfaga oportuna y voluntariamente la deuda, y es igualmente el proceso en el que la ley permite que las medidas indispensables para tal aseguramiento se puedan producir sin conocimiento ni consentimiento del demandado, quién únicamente se enterará normalmente cuando aquéllas ya se han consumado o están en vía de hacerlo. (Esto último no es siempre cierto, pues en Colombia el deudor (o su abogado) que quiera enterarse de si en su contra se ha iniciado proceso ejecutivo, y se han pedido o decretado medidas cautelares respecto de sus bienes, no les es muy difícil averiguarlo. No solamente se presenta la infidencia y obvia deslealtad de los empleados judiciales, sino además en otros casos su ingenuidad da lugar a ello, y en otros más, la manera como se llevan los libros de radicación en las secretarías permiten que cualquiera pueda tener acceso a la información que se supone reservada. Quien esto afirma lo hace con conocimiento de causa, esto es, que no se trata de meras especulaciones para agraviar a los empleados de los juzgados. Al respecto podrán citarse las formas en que esa situación irregular opera y que puede ser remediada, al menos parcialmente.

Empero, las mencionadas medidas cautelares, preventivas o ejecutivas, como quiera denominárselas, y que no son otras que el embargo y el secuestro de bienes, tienen los controles y límites que la misma ley regula, de modo que con ellas no se vaya a producir perjuicio injusto o indebido a terceros e, inclusive, al deudor mismo.

Es importante, entonces, tratar de resolver los siguientes interrogantes para tratar de encontrar sus respuestas, limitados especialmente, según se advirtió, al proceso ejecutivo para pago de sumas de dinero:

1. Las Medidas Cautelares y la Economía.

La doctrina italiana² ha recomendado que las medidas cautelares deben practicarse de modo tal que no se produzca un trastorno a la economía local o nacional. Por su parte, los Códigos de Procedimientos Civiles Mexicanos³ advierten que en las ejecuciones se procurará no originar trastornos a la economía social, llevando a cabo la ejecución en forma tal que permita conservar abiertas las fuentes de producción y de trabajo. Aún en este aspecto debe considerarse que el interés general o colectivo prevalece sobre el interés particular o individual, es decir, que el interés de la comunidad no puede subordinarse al interés exclusivo del acreedor.

² MICHELI, Gian Antonio. *Proceso de Ejecución*. EJE, 1970.

³ *Códigos de Procedimientos Civiles para el Estado*. L. y S. de Sonora México. J. M. Cajica S.A. 1968.

¿Debe restringirse o limitarse el secuestro de los muebles y enseres de un establecimiento comercial productivo y exigirse el secuestro de aquél como una unidad de explotación económica? La ley colombiana nada dice al respecto. Pero el juez podrá evitar que el ejecutante provoque el cierre innecesario de un establecimiento comercial en el evento de que aquel pretenda el embargo y secuestro de los muebles y enseres como elementos separados de aquél.

También deberá considerarse la posibilidad de que el pago de la obligación se produzca con los productos de la administración de los bienes secuestrados en los casos de numerales 5 a 8 del artículo 682 del C. De P.C., pero no solamente en el evento de que el ejecutable así lo pida expresamente, como ingenuamente lo dispone la norma legal, sino que debería dársele al juez la facultad de decidir según las circunstancias. En este quizás debiera modificarse el inciso final del artículo 516 del C. de P.C.

2. ¿Son taxativas las medidas cautelares?

En el Código de Procedimiento Civil no existe norma alguna que expresamente disponga cuáles pueden ser las medidas cautelares que judicialmente son procedentes. Se alude ciertamente a diversas formas de cautelación o aseguramiento de bienes o de personas. Es decir, aparecen formas de cautela de carácter patrimonial y de carácter personal, tomándose en consideración las diferentes especies de procesos.

De esta manera, el Código de Procedimiento Civil, regula de acuerdo con la especie de proceso, el embargo y secuestro de bienes, la inscripción de la demanda, la guarda y aposición de sellos; adopción de medidas de precaución necesarias para evitar perjuicios por causa de edificio que amenace ruina o árbol mal arraigado; medidas para evitar que el usurpador de una patente o de una licencia de invención infrinja los derechos garantizados al titular de la patente (artículo 568 del Código de Comercio); suspensión de decisiones de asambleas o juntas de socios; medidas cautelares previstas en las Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993 sobre derechos de autor (Prohibición de presentación, ejecución, exhibición de obra teatral, musical, cinematográfica, etc. - Embargo y secuestro de bienes); la obligación de prestar caución también puede incluirse como medida cautelar.

En cuanto a las medidas de aseguramiento personales están el depósito de personas (menores, dementes, sordomudos, cónyuges); el arraigo de personas; medidas penales de aseguramiento; examen pericial de la mujer separada para establecer el estado de embarazo.

Podría quizás considerarse que las medidas cautelares fueron previstas por el legislador, según la enunciación que se ha hecho. Es decir, que por fuera de embargo, secuestro de bienes, guarda y aposición de sellos, inscripción de

demanda, exigencia de prestar caución, etc., no existe posibilidad de otras medidas. Sin embargo, parece que ello no es así, y que podría darse una medida cautelar no prevista expresamente por la ley.

El artículo 568 del Código de Comercio, por ejemplo, le otorga al juez la facultad de autorizar la práctica de medidas cautelares para evitar que se infrinjan los derechos garantizados al titular de una patente o de una licencia de invención, al señalar que "Las medidas cautelares podrán consistir en obligar al usurpador a prestar caución para garantizar que se abstendrá de realizar los hechos por los cuales ha sido denunciado; en el comiso de los artículos fabricados con violación de la patente y la prohibición de hacerles propaganda; en el secuestro de la maquinaria o elementos que sirven para fabricar los artículos con los cuales se infringe la patente, o en cualquiera otra medida equivalente".

Significa lo anterior que podría darse perfectamente una medida cautelar o de aseguramiento diferente al embargo o secuestro de bienes, o de exigencia de caución, en la generalidad de los procesos judiciales, excluidos los ejecutivos⁴.

Al respecto puede recordarse lo que Piero Calamandrei relata en su introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares: "El propietario de un centro de recreo nocturno de París había dado el encargo a un pintor de decorar la sala de baile con frescos que representaran las danzas de sátiros y ninfas; y el pintor, con el objeto de aumentar el interés de la decoración mural, pensó que podía presentar los personajes que en esta coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías, fácilmente identificables, de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos. La noche de la inauguración, una actriz que figuraba entre los numerosos invitados, tuvo la sorpresa de reconocerse en una ninfa que danzaba en ropas extremadamente ligeras; y considerando que esta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio civil al objeto de hacerlo condenar a que borrara la figura ultrajante y al resarcimiento de los daños; y de momento pidió que, ante la demora del juicio, se le ordenara que cubriese provisionalmente el trozo de fresco que reproducía su imagen en pose impúdica". Aunque el Profesor Florentino no supo cuál había sido la decisión del juez francés, y si el caso hubiese ocurrido en Italia no habría norma legal que autorizara la medida cautelar pedida, salvo en materia penal, si advierte que "la solución del caso sería en la vía civil mucho más fácil si se reconociese al juez civil el poder general de ordenar medidas cautelares aunque no estén expresamente previstas en la ley"⁵.

⁴ En las legislaciones de Alemania, Argentina, Canadá, Guatemala, Italia, México, Puerto Rico, Rusia, Vaticano y Venezuela, existe la posibilidad de que el juez pueda decretar medidas cautelares no previstas expresamente por la ley, atendiendo las circunstancias del caso.

⁵ *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Editorial Bibliográfica Argentina, 1948.

Tratándose de proceso ejecutivo para pago de sumas de dinero, de acuerdo con el tenor del Código de Procedimiento Civil, y diferente a lo que puede ocurrir en los procesos de conocimiento contenciosos o en los de liquidación, no existen medidas cautelares diferentes a las de prestación de caución, embargo y secuestro de bienes. En realidad, no cabe imaginar otra medida que garantice o asegure el pago de la obligación, dado que su finalidad última es el remate de bienes para satisfacción del crédito reclamado.

Debe entonces concluirse que efectivamente, en los procesos de ejecución las medidas cautelares se encuentran taxativamente denominadas en la ley, que por lo demás, coincide con la lógica real.

No obstante, debe observarse que el embargo y secuestro de bienes en esta especie de procesos deben ser útiles y efectivos, es decir, que si no van más allá de un simbolismo, sin eficacia para el pago de la obligación, serían improcedentes y el juez los debería negar. Es el caso, por ejemplo, del acreedor A que demanda ejecutivamente a su deudor B para que le pague una determinada suma de dinero respaldada en documento con virtud de título ejecutivo. El acreedor A conoce que B tiene en su casa u oficina o establecimiento de comercio un mural de famoso pintor, de apreciable valor económico. Como el inmueble en el que se encuentra el mural no es de propiedad del deudor, ¿el acreedor A podrá pedir y el juez decretar el embargo y secuestro del mural? Si fuese así, ¿cómo podría el rematante entrar a poseer dicha obra de arte sin producir daño alguno al inmueble? ¿O podría tomarse como una mejora que eventualmente deba ser reconocida y pagada por el propietario del inmueble en cuestión al deudor?

3. Casos particulares de medidas cautelares en los procesos ejecutivos.

En la práctica judicial se presentan en ocasiones problemas atinentes al embargo y secuestro de bienes en los procesos ejecutivos que carecen de solución legal, o la norma positiva no tiene justificación, o merece ser interpretada y aplicada de modo diferente a su tenor literal. A continuación se destacarán algunos de esos eventos.

a) La caución del artículo 513 del C. de P.C.

El inciso décimo del artículo 513 del C. de P.C. establece que "para que pueda decretarse el embargo o secuestro de bienes antes de la ejecutoria del mandamiento de pago, el ejecutante deberá prestar caución en dinero, bancaria o de compañía de seguros, equivalente al diez por ciento del valor actual de la ejecución, para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas cautelares".

Esta es una muestra de la falta de lógica del legislador y de una disposición en la cual la perinorma no guarda ilación con la endonorma. En efecto: la caución

que se exige es para responder por los perjuicios que pudieran causarse con el embargo o secuestro de los bienes denunciados por el ejecutante como propiedad del ejecutado, de modo alguno para proteger el crédito del ejecutante.

Por razonamiento lógico la cuantía de la caución debe tener como predicado el bien que es objeto de la medida. De modo ilógico la norma ordena tomar como referencia de la cuantía de la caución precisamente lo que no es objeto de ésta. Es evidente que según el inciso décimo del artículo 513 del C. de P.C. se establece la caución para garantizar los perjuicios que pudieran ocasionarse con tales medidas, pero absurdamente toma como referencia la cuantía de las pretensiones del ejecutante, es decir, lo que no es causa de protección.

Resulta absurdo, por ejemplo que en una ejecución para el pago de una obligación cambiaria por valor de \$1.000.000 la caución exigida fuera de \$100.000 (el 10%) con el fin de garantizar los perjuicios que esa medida pudiera ocasionar por causa del embargo y secuestro de un bien que tiene un valor de \$50.000.000.

¿Cuál deberá ser entonces la cuantía de la caución para poder embargar o secuestrar bienes del ejecutado?

¿Cómo deberá interpretarse y aplicarse el inciso décimo del artículo 513 del C. de P.C.?

De otra parte, la caución exigida por el artículo 513 del C. de P.C. es para cuando el ejecutante pide que la medida cautelar se practique antes de la ejecutoria del mandamiento de pago. Significa esto que una vez ejecutoriada dicho auto no habrá lugar a exigir la prestación de caución para que se practique el embargo y secuestro de bienes. Nuevamente se advierte lo ilógico de la norma legal, pues con la caución se pretende asegurar el pago de los perjuicios que causen esas medidas, independientemente de que esté o no ejecutoriada el auto que libró el mandamiento de pago. Lo absolutamente lógico habría sido que la caución no se exigiera una vez quedara ejecutoriada la sentencia que ordenara la continuación de la ejecución o rechazara las excepciones de mérito propuestas, cuando ya no cabe duda de la consistencia del título ejecutivo y del proceso ejecutivo.

b) Bienes inembargables:

El artículo 684 del C. de P.C. (modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1o, núm. 342) consagró la inembargabilidad de algunos bienes "además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales".

¿Esa lista es taxativa o meramente enunciativa? Podrá aceptarse la inembargabilidad de otros bienes diferentes de los mencionados allí? Normalmente podría responderse que la lista de los bienes inembargables es taxativa, y los jueces así lo han entendido.

Por ser de carácter restrictivo pudiera considerarse que la norma es específica. No obstante, no puede dejarse de lado que si el embargo o secuestro de un bien se opone al ejercicio de un derecho fundamental o recae sobre un bien afectivo del ejecutado, la medida cautelar quedará subordinada a ese derecho o bien.

Piénsese, por ejemplo, que el ejecutante A pide el embargo y secuestro de un valioso aparato de diálisis o de un respirador artificial indispensable para la supervivencia del ejecutado B. ¿Habrá un juez que considere que por ser el artículo 684 del C. de P.C. taxativo, y no hallarse incluido en la lista la inembargabilidad del mencionado aparato, la medida cautelar será procedente? ¿Y que tal que se tratara de aparatos ortopédicos o de prótesis del ejecutado, o su silla de ruedas?

¿Podría un juez abstenerse de embargar y secuestrar una nevera o congelador que se encuentra en la casa de la familia del ejecutado ubicada en una ciudad de elevada temperatura, no habiendo originado dicho electrodoméstico la deuda que se cobra ejecutivamente? ¿O deberá inflexiblemente provocar que el deudor y su familia pierdan sus alimentos que en ese momento se encuentran en esa nevera o enfriador o congelador y que en los días siguientes no puedan consumir alimentos frescos o se pierdan o se descompongan los que adquieran?⁶

Piénsese, también en el embargo de un ventilador o abanico eléctrico del ejecutado que es utilizado en su casa situada en lugar de elevada temperatura. ¿Habrá juez que lo considere embargable?

Respecto de medidas cautelares sobre electrodomésticos, es ilustrativo el caso del juez argentino que se abstuvo de practicar el embargo y secuestro de un receptor de televisión que se encontraba en la vivienda del ejecutado, al considerar, en el acto de la diligencia, la cual presenciaban desconsolados unos pequeños hijos del ejecutado, que el aparato era elemento vital para conservar la unidad y armonía familiar, pues padres e hijos se reunían todas las noches frente al televisor para disfrutar de determinados programas, evitándose con ello, además, que esos niños, por falta de distracción en el hogar, salieran por la noche a la calle, con los peligros naturales que se encuentran en ella...

Es tal vez necesario concluir, entonces, que el artículo 684 citado no es taxativo, y que en cada caso, frente a la confrontación con los derechos fundamentales, será menester proceder a una comparación de principios para determinar la supremacía de unos y otros, esto es, los que respaldan el derecho del ejecutante a embargar y a secuestrar, y los que protegen al ejecutado de esas medidas.

⁶ La jurisprudencia ha estimado que el enfriador que se encuentra en el hogar del ejecutado es parte del menaje de la casa, siendo entonces inembargable.

De otra parte, el artículo 684 del C. de P.C. no puede aplicarse literalmente en cuanto a que determine cuáles son los bienes inembargables. Así, por ejemplo, el numeral 10 señala que son inembargables entre otros objetos, "las ropas de la familia que el juez considere indispensables, a menos que el crédito provenga del respectivo bien". Es evidente que de acuerdo con el texto se interpretaría, a contrario sensu, que las ropas de la familia que el juez no considere indispensables, sí podrán embargarse. Es decir, que la medida cautelar afectaría a toda la familia del ejecutado, y no exclusivamente a éste, puesto que el embargo podría recaer sobre los vestidos, camisas, pantalones, zapatos, abrigos, sombreros, etc., de los padres, hijos, cónyuge, y demás parientes que habiten en la casa en que vive aquél, lo que sería insólito dado que la familia no es la ejecutada. Esta es una muestra del cuidado que deberá tenerse con el tenor literal de la ley, el cual en, más de un caso deberá desatenderse. (Una importante labor del aplicador de la ley es la de tener la conciencia necesaria para detectar la falsa norma legal, para lo cual le será de gran ayuda el manejo del Derecho Procesal Fundamental).

En relación con la inembargabilidad de "los utensilios, enseres e instrumentos necesarios para el trabajo individual de la persona contra quien se decretó el secuestro", a que alude el numeral 11 del artículo 684, es pertinente advertir que la inembargabilidad quedará sujeta al criterio del juez, a menos que el crédito que se cobra provenga del precio de esos utensilios, enseres o instrumentos de trabajo.

Pero la decisión que debe adoptar el juez en ese caso no es siempre fácil. Supóngase que A demanda ejecutivamente a B para que le pague una determinada suma de dinero representada en un título valor cualquiera. A pide el embargo y secuestro de la silla que B, quien es odontólogo, tiene en su consultorio. La deuda no proviene para nada de ese mueble, indispensable para el trabajo que ese profesional debe hacerle a sus pacientes. ¿Podrá practicarse esa medida, con la consecuencia de que el odontólogo tenga que cerrar su consultorio?

Hoy es normal que numerosos abogados utilicen el computador para poder ejercer su profesión, dejándose a un lado la tradicional máquina de escribir. ¿Podrá embargarse y secuestrarse el computador a esos abogados por causa de un crédito ajeno a ese instrumento de trabajo?

De pronto será necesario reexaminar, para replantearla, la lista de bienes inembargables que consagra el artículo 684 del C. de P.C. Así, por ejemplo:

El numeral 6 determina como inembargables "las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios". ¿Pero qué pasa con las condecoraciones, trofeos o pergaminos pertenecientes al ejecutado pero heredados de sus antepasados? ¿No serán también inembargables?

El numeral 11 señala como inembargables "los utensilios, enseres e instrumentos necesarios para el trabajo individual de la persona contra quien se

decretó el secuestro, a juicio del juez", a menos que el crédito provenga del precio del respectivo bien. Pero si se tratara de los útiles, elementos o libros de un estudiante, necesarios para su aprendizaje, ¿podrían embargarse?⁷.

¿Podría incluirse en el numeral 11, como inembargable, el vehículo tipo taxi o bus de servicio público que el ejecutado personalmente explota y maneja como chofer?. ¿O ese automotor no constituye herramienta de trabajo?⁸.

En la lista del artículo 684 del C. de P.C. no aparecen como inembargables las mascotas del ejecutado. ¿Podrá entonces embargarse y secuestrarse su perro salchicha, la pecera con los peces, el gato de angola, su loro, o la jaula con sus canarios? Y si en la casa del ejecutado viven con él sus hijos pequeños, ¿importará el valor económico de la mascota propiedad del ejecutado pero de disfrute de sus niños, para que el juez decida si se embarga o no?

En la lista del citado artículo tampoco se encuentra como inembargable la suma de dinero que deba pagarse al ejecutado por concepto de la indemnización de perjuicios morales subjetivos reconocida a su favor e impuesta a quien lo lesionó o le causó la muerte a su padre, hijo o hermano en un accidente de tránsito, según sentencia proferida en un proceso civil. Empero, ¿si será embargable?

Con base en lo expuesto, pudiera concluirse que el embargo y secuestro de bienes, pese a lo que la ley diga o no diga, en ningún caso puede afectar los derechos fundamentales del ejecutado, atentar contra sus derechos humanos, o atentar contra lógicos, inequívocos o notorios sentimientos o afectos. Además, el interés individual o particular del ejecutante estará siempre subordinado al interés general o público.

Con base en estos principios, podrá extenderse la inembargabilidad a otros bienes, así no lo haya previsto el humano y, a veces falible, legislador.

c) ¿Puede inscribirse el embargo penal sobre un inmueble no obstante estar ya inscrito en un proceso civil?

La Corte Suprema de Justicia afirmó⁹ que "El embargo que debe decretar el juez en lo penal y que se puede llamar de orden público, no es el común a que apelan los ciudadanos para salvaguardar los intereses privados; es el establecido

⁷ En los Códigos de Francia, Bélgica, Italia y Chile la inembargabilidad se limita a una determinada cuantía, quedando a elección del ejecutado señalar cuáles libros y útiles de estudio quedarán comprendidos en ese valor y, por lo tanto, no podrán embargarse.

⁸ En la jurisprudencia extranjera se ha admitido esa inembargabilidad.

⁹ Sentencia de febrero 27 de 1953.

por el Estado como garantía social y defensa de los altos intereses de la comunidad, es medio de asegurar el resarcimiento de los perjuicios a que el propio Estado aspira en beneficio de la víctima. Sabía el legislador que por lo general el delincuente no ahorra medios de sustraer sus bienes al cumplimiento de la obligación de indemnizar, y quiso evitar con el embargo ese peligro. Por eso, para que esta medida precautelativa cumpla el fin a que fue destinada -el hacer efectiva la sanción pecuniaria- debe estar rodeada de toda clase de garantías. Así, toda vez que se burle ese embargo de orden público, la ley ha de salir en su defensa para garantizarlo y hacerlo respetar. Burlarlo es un fraude a la ley, que la justicia debe sancionar".

La Superintendencia de Notariado y Registro ha conceptuado, con apoyo en esa jurisprudencia, que "es a todas luces pertinente la inscripción del embargo ordenado por el juez penal, o el fiscal, junto a un embargo hipotecario".

No obstante el criterio anterior, es necesario partir de la regulación que el Código de Procedimiento Penal consagra al respecto. El artículo 52 advierte que "en la providencia en la que se imponga medida de aseguramiento, o con posterioridad, el fiscal o el juez decretarán el embargo y secuestro preventivo de los bienes de propiedad del sindicado, en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado, y designará secuestro".

"Una vez decretado el embargo y secuestro, tanto su práctica como el régimen de formulación, decisión y trámite de las oposiciones a la misma, se adelantarán conforme a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. "Si no se conocieren en concreto bienes, o los embargados no fueren suficientes, la parte civil podrá denunciarlos en cualquier momento y el funcionario decretará su embargo y secuestro en la medida que considere necesaria, previa prestación de caución. La caución se cancelará una vez el demandante pague el valor de los perjuicios causados con las medidas cautelares, o consigne el valor de la caución a órdenes del despacho o el de dichos perjuicios, si fuere inferior".

Como si el embargo no fuera suficiente, el artículo 59 del mismo Código de Procedimiento Penal establece que "El sindicado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registro durante el año siguiente contado a partir de su vinculación jurídica, a menos que esté garantizada la indemnización de perjuicios, o se hubiere producido pronunciamiento de fondo sobre su inocencia. El funcionario judicial emitirá orden perentoria al funcionario de registro para impedir la negociación".

Es evidente que con lo previsto en el artículo 52 bastaba, pues la inscripción del embargo, al colocar los bienes fuera del comercio, impide su enajenación.

De acuerdo con el artículo 52 del C. de P.P. no es que el embargo decretado por el fiscal o juez penal tenga el efecto de cancelar el embargo anteriormente inscrito por orden del juez civil que conoce de un proceso ejecutivo adelantado

por un acreedor del sindicado o procesado penal, y menos tratándose de un proceso ejecutivo con garantía real. Empero, el proceso civil no tiene porqué suspenderse y, por el contrario, continuará hasta que se produzca el remate del bien. Con el producto de éste se pagarán los créditos exigibles de acuerdo con la prelación legal, y lo que quedare se pondrá a disposición del fiscal o juez penal.

En parte alguna establece la ley la prelación del embargo penal, o que al momento de distribuirse el producto del remate, aquel que tenga prelación sobre los créditos de la Nación, o de lo reconocido por concepto de alimentos, o respaldados con garantías reales.

El artículo 52 del C. de P.P. no puede tener un alcance diferente al previsto por el artículo 542 del C. De P.C., y es esta la norma a la que deberá acudir el fiscal o juez penal si advierte que el bien propiedad del sindicado o procesado está embargado por orden anterior del juez civil, para efectos de que en la correspondiente oportunidad se tenga en cuenta el crédito de origen penal.

La coexistencia de embargos, pregonada por la Superintendencia de Notariado y Registro, no puede tener otra finalidad que la de evitar que al cancelarse el embargo civil quede el bien a disposición del sindicado o procesado y pueda enajenado o gravarlo.

Posiblemente se justifique una reforma al artículo 542 del C. de P.C. en el sentido de extender expresamente sus efectos al caso de que se persigan bienes en el proceso penal para garantizar o asegurar el pago de eventuales perjuicios a la víctima del delito, o a sus familiares.

d) El embargo de remanentes.

El artículo 543 del C. De P.C. (modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1, núm. 296) dispuso que "quien pretenda perseguir ejecutivamente en un proceso civil bienes embargados en otro proceso y no quiera o no pueda promover la acumulación de ellos, podrá pedir el embargo de los que por cualquier causa se llegaren a desembargar y el de remanente del producto de los embargados".

En la práctica ha sucedido y sigue sucediendo que A demanda ejecutivamente a B y como consecuencia, se produce el embargo y secuestro de bienes. Luego X demanda también ejecutivamente a B, como los bienes de éste ya están embargados, pide el embargo de los que llegaren a desembargarse y el embargo de remanentes del producto de los embargados. Con base en ese pedido el Juzgado accede y en el expediente contentivo del proceso adelantado por A se deja la constancia respectiva.

Posteriormente C demanda ejecutivamente al mismo B, y solicita el embargo de los bienes que se llegaren a desembargar y el de los remanentes del producto

de los embargados en el proceso promovido por A. El Juzgado accede a esa petición. Recibido el oficio respectivo por el Juzgado en el que es parte A, es negado por razón de haberse inscrito anteriormente el embargo ordenado por el Juzgado que conoce del proceso adelantado por X.

Si B llega a una transacción o paga a sus ejecutantes A y X, ambos procesos terminan y los bienes de B se desembargan y entregan al ejecutado B, quien inmediatamente dispone de ellos. Es evidente que el acreedor C quedó defraudado y su crédito insoluto con el beneplácito del Juzgado que conocía del proceso seguido por A.

¿Cuál es la solución? Simplemente que el juez tenga la obligación de ordenar la anotación en el expediente de los embargos de remanentes a medida que se vayan comunicando, de modo que no se presente el caso relatado, en el cual C, de haberse procedido de esta manera, habría quedado con el embargo de los bienes al haberse terminado las ejecuciones adelantadas por A y X.

También relacionado con el embargo de remanentes, vale destacar que aunque no exista norma expresa al respecto, cabe considerar como procedente que el ejecutante que pida y obtenga el embargo de remanentes, pueda intentar la acumulación de su proceso a aquel en que hay bienes embargados, sin que el hecho de haber logrado el embargo de remanentes sea impedimento para esa acumulación. Debe entenderse que para asegurar por lo menos el embargo de los remanentes debe obrar rápidamente antes de que otro ejecutante lo logre, y la acumulación de los procesos normalmente se demora, o podría negarse, por lo que no existe razón lógica o jurídica o legal que le impide a ese ejecutante obrar sobre seguro.

e) Embargo por telegrama (Decreto 1250 de 1970, art. 33).

Por variadas causas el embargo de un inmueble no se inscribe oportunamente en la correspondiente matrícula inmobiliaria, dando origen a que ese bien salga del dominio del ejecutado o sobre él se constituya un gravamen que impida la inscripción del embargo o éste quede subordinado a la garantía real registrada antes que aquél.

La comunicación del embargo por medio de oficio tiene ese inconveniente, puesto que tendrá que someterse al turno respectivo, y cuando ya se vaya a efectuar la anotación de la medida cautelar en el folio de matrícula el inmueble se encuentre en las circunstancias acabadas de mencionar.

No obstante, el embargo podrá comunicarse por telegrama, con la ventaja de que el registrador deberá su inscripción provisional el mismo día en que lo reciba.

El artículo 33 del Decreto 1250 de 1970 lo autoriza: "Una vez otorgado un instrumento de los relacionados en el artículo 2o, o llegada la oportunidad de registrar una providencia o un acto de los mencionados en la misma disposición, el notario o el funcionario respectivo podrá, a petición y a costa de cualquiera de los interesados, comunicar telegráficamente al registrador los datos esenciales del acto de que se trate, como indicación del mismo, fecha y número del instrumento, fecha de la providencia, nombres de las partes, número o nombres y ubicación de los bienes, para que proceda a efectuar el registro provisional, que producirá efecto inmediato entre las partes y frente a terceros.

"El registrador al recibo del aviso mencionado y previa su anotación en la columna tercera del Libro radicador, hará la correspondiente inscripción, el mismo día, sin cobro de derecho alguno.

"Si dentro de un mes, contado desde la fecha de la radicación no se proveyere al registro definitivo, con la presentación del título y su copia destinada a la oficina y el pago de los correspondientes derechos, el registro provisional caducará y no producirá efecto alguno; pero si dentro de dicho mes se efectuare el registro definitivo, éste surtirá todos sus efectos legales desde la fecha de aquél, de todo lo cual se dejará constancia en el folio y en la columna sexta del Libro radicador.

Al título que llegare después se le dará de nuevo el trámite que corresponda".

El artículo 2o del Decreto 1250 de 1970 al que alude el artículo 33 transcrito se refiere a los actos sujetos a registro, entre los cuales se encuentra la providencia que decreta medida cautelar.

Para evitar cualquier duda en la aplicación de la norma legal examinada, podría incluirse una disposición semejante, exclusiva para la inscripción de embargo de inmuebles, en una reforma al Código de Procedimiento Civil.

f) *¿Debe modificarse la primera parte del artículo 519 del C. de P.C.?*

La caución con garantía bancaria o con póliza de compañía de seguros, en lugar de dinero en efectivo que puede prestar el ejecutado para que no se le embarguen o secuestren bienes, puede otorgarse **mientras no se hubieren practicado dichas medidas cautelares**. Esta norma merece las siguientes glosas:

En primer lugar, significa lo anterior, de acuerdo con la interpretación clara del inciso segundo en concordancia con el inciso primero del artículo 519, que la correspondiente petición la podrá formular el demandado mientras que el oficio de embargo no haya sido inscrito o anotado por la oficina o funcionario destinatario, o en el mismo momento de efectuarse la diligencia de secuestro. Si ésta la está practicando el mismo juez que la ordenó, deberá

resolver inmediatamente esa solicitud señalando el término en que deberá prestarse la caución, como lo exige el inciso quinto del artículo citado. Si la diligencia la está realizando un funcionario comisionado, siendo evidente que mientras no la practique el demandado se halla legalmente facultado para pedir que no se lleve a cabo la medida ofreciendo prestar la caución bancaria o de compañía de seguros (en vez de la consignación del dinero ordenado por la ley para ese fin, si ya se practicó) no existe razón válida para considerar que el comisionado no pueda suspender la diligencia (con la adopción de las medidas de seguridad necesarias) para que el ejecutado pueda hacer uso de su derecho, dado que, además, ningún perjuicio sufrirá el ejecutante. Lo absurdo e ilógico de la norma lleva a esa interpretación.

La segunda glosa se refiere a que no existe razón válida alguna para exigir que la caución que deba prestarse para levantar el embargo y secuestro de bienes, ya practicados, sea exclusivamente en dinero, según lo ordena el inciso segundo del artículo 519 del C. de P.C. Esta norma descalifica, sin fórmula de juicio, la seriedad o seguridad de las demás especies de cauciones (bancarias o de compañías de seguros, especialmente). ¿O es que el inciso de marras pretendió forzar al ejecutado al pago de la obligación como único medio admisible para evitar que las medidas cautelares lo siguieran perjudicando?

g) Embargo y secuestro de la posesión sobre bienes inmuebles.

Si se observan los artículos 681 y 682 del C. de P.C. no se encuentra alusión expresa al embargo y secuestro de la posesión sobre inmuebles. El primero de ellos en su numeral 2 se refiere al embargo de derechos que por razón de mejoras o cosechas tenga una persona que ocupa un predio de propiedad de otra; y el 682, en su regla 7, dispone la manera de perfeccionarse el secuestro de cosechas pendientes o futuras.

En ambos casos el embargo y el secuestro recaen sobre bienes tangibles, esto es, mejoras diferentes al suelo o terreno.

La duda se presenta cuando el ejecutante pretenda el embargo y secuestro de la posesión que el ejecutado tenga sobre un inmueble, es decir, no sobre mejoras o cosechas, el ejecutado simplemente está en posesión de un predio como si fuera su dueño. ¿Podrá embargársele y secuestrársele esa posesión? Y si fuese así, ¿cómo se practicará?

De acuerdo con el inciso final del artículo 515 del C. de P.C. es posible y válido el embargo de la posesión que el ejecutado tenga sobre un inmueble, al considerar que para el secuestro de bienes no se exigirá el certificado del registrador de instrumentos públicos cuando lo embargado fuere "el derecho derivado de posesión sin título en un inmueble de propiedad privada".

Al respecto, recientemente se ha pronunciado el Tribunal Superior de Medellín –Sala de Decisión Civil–¹⁰ al expresar que “Fluye entonces de la norma anteriormente transcrita la permisibilidad de hacer objeto de medida cautelar la utilidad económica o derecho privado de la posesión de un bien, que aunque está sujeto a registro no es posible obtener el certificado del Registrador, ya sea porque se trate de un baldío o de un inmueble de propiedad privada ajena al ejecutado”.

Y agrega: “Y es que en verdad, al no comprender el artículo 684 del C. de P.C., ni el artículo 1677 del Código Civil a los derechos derivados de la posesión como evento no susceptible de embargabilidad, no se ajusta a derecho que por fuera de la misma ley se establezcan causales de inembargabilidad que ella no ha previsto, máxime si se tiene en cuenta que del hecho mismo de la posesión se pueden derivar utilidades o ventajas económicas que engrosan el patrimonio del deudor, el cual conforme lo estatuye el artículo 2488 del ordenamiento sustantivo civil, constituye la prenda general de los acreedores”.

Concluye el Tribunal: “Más como en el caso de autos no se impetró por la ejecutante la medida cautelar denegada por el a quo en relación con los derechos derivados de la posesión, sino la posesión misma, obvio es entender que como ésta no puede estimarse desprovista de derechos, se dispondrá la medida cautelar denegada por la funcionaria de instancia como referida a tales derechos, advirtiéndose eso sí que quien llegare a subastar dicha posesión, queda sujeto al alea de las acciones que pueda eventualmente promover el titular de la nuda propiedad del bien poseído en proindiviso por el ejecutado o de cualquier otra en que vaya inmerso el derecho real de dominio de aquél”.

De esta manera, el Tribunal decretó “el secuestro simbólico de los derechos derivados del derecho de cuota de la posesión que sobre el inmueble descrito ostenta el ejecutado”. El ad quem ordenó además que por el juzgado de instancia se hiciera la designación de secuestro y se librara el despacho comisorio de rigor, advirtiéndosele al otro copartícipe que en todo lo relacionado con esos derechos debe entenderse con el secuestro”. La medida cautelar había sido pedida respecto del embargo y secuestro del porcentaje que le corresponda a la parte demandada de la posesión que ejerce sobre un inmueble.

No obstante que puede afirmarse la procedencia del embargo y secuestro de la posesión que se tenga sobre un inmueble, ese criterio no corresponde al tenor literal del artículo 513 del C. de P.C. el cual, en su inciso quinto, exige que para que el juez decrete el embargo y secuestro de bienes, el ejecutante los deberá denunciar “como de propiedad del ejecutado”. La redacción de esta norma es ciertamente pobre.

¹⁰ Auto de junio de 1995.

h) Embargo y secuestro de la posesión sobre vehículos automotores.

No parece que la posesión que el ejecutado tenga sobre un vehículo automotor pueda sustraerse o quedar excluida de la posibilidad del embargo y secuestro. Si de esa posesión puede derivarse un provecho económico, y el embargo y secuestro de ella es posible y útil, la medida cautelar encuentra plena justificación.

Al respecto es válido el planteamiento que algunos juzgados y tribunales han expuesto en ese sentido. Cabe destacar lo afirmado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá - Sala de Decisión Civil-¹¹.

i) ¿El secuestro de todos los bienes productivos del deudor está autorizado legalmente para suministrarle lo necesario a aquél para su subsistencia y la de su familia, o el juez puede ordenarlo?

Aunque el Código de Comercio lo autoriza en su artículo 1946-10 para el quebrado, no existe norma que lo extienda al proceso ejecutivo singular. Pero no existe motivo alguno que impida su aplicación analógica.

En este sentido es ejemplar lo que al respecto regula un Código extranjero: "El deudor sujeto a patria potestad o a tutela, el que estuviere físicamente impedido para trabajar y el que sin culpa carezca de bienes o de profesión u oficio, tendrá alimentos que el juez fijará, atendidas la importancia de la demanda y de los bienes y las circunstancias del demandado"¹².

j) Embargo y secuestro de bienes hipotecados, con mejoras o aumentos.

Se ha presentado el caso de que un proceso ejecutivo con garantía real se haya embargado y secuestrado el inmueble hipotecado, que según el certificado de registro consta de un piso; y que al procederse a la aprobación del remate se haya alegado la nulidad del mismo por causa de no haberse cumplido con las formalidades legales, entre éstas, que el secuestro hubiese comprendido los dos pisos que el ejecutado había construido y entregado en posesión a dos diferentes personas, sin que el inmueble hubiese sufrido anotación al respecto en su matrícula.

Esta situación a dado lugar al interrogante de si el secuestro del inmueble hipotecado supone el de sus aumentos o mejoras, y si éstas deberían estar comprendidas expresamente en el acta de secuestro, y si por causa de esa omisión el remate posterior es nulo por pretermisión de la formalidad en cuanto el

¹¹ Auto de febrero 25 de 1994, citado por el maestro **PARRA QUIJANO, Jairo**. (*Derecho Procesal Civil -Parte Especial-*. Ediciones Librería del Profesional. Santafé de Bogotá, 1995)-

¹² Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de México, 1986

Código de Procedimiento Civil exige que para que la subasta se realice deberá encontrarse el bien objeto de ésta debidamente secuestrado.

Es evidente que ciertamente en la diligencia de secuestro deberá quedar constancia del inmueble objeto de la medida, junto con la descripción de sus mejoras o aumentos. Empero, si pese a esa omisión se efectúa su remate, y aparece un tercero alegando posesión sobre esas mejoras, posterior a la inscripción de la hipoteca, con fundamento en acto o contrato celebrado con el propietario no habrá lugar a la nulidad de la subasta, pues dicho tercero carecerá de interés jurídico serio para invocar la nulidad del remate, en razón de que el artículo 2445 del Código Civil advierte que la hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada. Y siendo el registro público, el tercero que mejore el bien está sujeto a las consecuencias legales del citado artículo.

Otra cosa es que el tercero alegue posesión material sobre el inmueble hipotecado, en razón de mejoras efectuadas por el mismo, sin que su derecho se derive del propietario del inmueble hipotecado, pues en este caso podría obtener decisión a su favor y lograr el levantamiento del secuestro, tal como lo prevé el parágrafo 3o artículo 686 del C. de P.C., en concordancia con el artículo 555-8 *ibídem*.

k) ¿Qué sucede si al momento de practicarse el secuestro de un establecimiento de comercio o el embargo y secuestro de bienes existentes en él se advierte que el deudor tiene una apreciable suma de dinero en su bolsillo y un reloj de oro en su muñeca, u otros bienes en sus manos?

Si el ejecutante solicita en la diligencia que el secuestro se extienda a esos bienes, ¿el funcionario que la está practicando, podrá acceder a esa petición? Y si el ejecutado se niega a que se registren sus bolsillos o a entregar el dinero que se encuentra allí, o a ser despojado de su reloj, o de su teléfono celular, podrá el funcionario utilizar diferentes medios a la persuasión para ejecutar el secuestro?¹³.

l) El término de veinte días previsto en el artículo 687-8 del C. de P.C.

El artículo 687-8 del C. de P.C. dispone que se levantarán el embargo y el secuestro si un tercero poseedor que no se opuso a la práctica de la diligencia de secuestro solicita al juez del conocimiento, dentro de los veinte días siguientes, que se declare que tenía la posesión material del bien al tiempo en que aquélla se practicó, y obtiene decisión favorable.

¹³ El artículo 513 del Código de Procedimiento Civil italiano autoriza al oficial judicial para buscar las cosas muebles que deban secuestrarse que puedan hallarse en la persona del deudor, "observando las precauciones necesarias para respetar el decoro del mismo".

La solicitud se tramitará como incidente, en el cual el solicitante deberá probar su posesión. Es necesario advertir que en este caso no es suficiente que el tercero opositor demuestre su derecho de dominio sobre los bienes secuestrados, sino que necesario que acredite que al momento de realizarse esa diligencia tenía su posesión material. Es evidente que las pruebas que presente en relación con el dominio de aquéllos sirve para ayudar al convencimiento del juez respecto de la posesión ejercida, pero no son por sí solas suficientes para demostrar esa posesión, que regularmente se acredita con prueba testimonial.

En cuanto al término de veinte días previsto en la disposición para que el tercero pueda en tiempo promover el incidente, el Tribunal Superior de Medellín, en una de sus Salas de Decisión Civil, sabiamente consideró que pese a lo expresado por esta norma, el término de veinte días deberá contarse a partir de aquel en que el tercero tuvo conocimiento de la práctica de la diligencia de secuestro, y no simplemente desde cuando se practicó, pues de otro modo se le estaría violando al opositor su derecho de defensa, y por causa justa tuvo conocimiento de esa diligencia después de veinte días de realizada.

Al efecto expresó que "Ciertamente el numeral 8 del artículo 687 establece un término de preclusión conformado por los veinte días siguientes a la práctica de la diligencia de secuestro, pero ese plazo solo puede entenderse referido al poseedor material que teniendo la cosa no estuvo presente en la diligencia o se opuso sin intermediación de abogado, porque se supone su enteramiento inmediato, bien por la concurrencia a la diligencia, o por la destitución de que fue objeto". Añade el Tribunal: "Ahora, tratándose de un poseedor material que no tenga la cosa por sí mismo, sino por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él, situación admitida por el artículo 762 del Código Civil, la solución no puede ser la literalidad prevista por el artículo de procedimiento citado, porque su extrañeza a la tenencia de la cosa impide tener como momento de partida el de la diligencia, pues ni siquiera a modo de indicio se pudiera pensar en un enteramiento inmediato".

"En este segundo caso, que es el del subexamen, so pena de incurrir en una interpretación lesiva del derecho de defensa del tercero, mientras que en el expediente no exista constancia del conocimiento de la diligencia por parte de él, el término de los veinte días no puede correr. Solo a partir de esa publicidad se puede considerar como preclusivo todo día transcurrido".

A modo de conclusión -continúa el Tribunal- una hermenéutica del ordinal 8 del artículo 687 del C. de P.C., exige distinguir entre el poseedor que tiene la cosa por sí mismo del que la tiene por intermedio de otra persona. Tratándose del primero, el término de preclusión consagrado por la citada norma empieza a correr al día siguiente de la diligencia, pero en el caso del segundo ese término sólo puede contabilizarse a partir de la noticia de la diligencia de secuestro.

m) Interferencia de embargos en procesos coactivos con el decretado por un juez civil. Aplicación del Estatuto Tributario.

Expresa el artículo 839 del Decreto 624 de 1989, que decretado el embargo de bienes sujetos a registro, se enviará copia de la resolución respectiva a la oficina de registro de instrumentos públicos. Cuando sobre dichos bienes ya existiere otro embargo registrado, el funcionario lo inscribirá y comunicará a la DIAN y al juez que ordenó el embargo anterior.

Advierte esa norma que si el crédito que originó el embargo anterior es de grado inferior al del fisco, el funcionario de cobranzas continuará con el procedimiento, informando de ello al juez respectivo y si éste lo solicita, pondrá a su disposición el remanente del remate. Si el crédito que originó el embargo anterior es de grado superior al del fisco, el funcionario de cobranzas se hará parte en el proceso ejecutivo y velará porque se garantice la deuda con el remanente del bien embargado.

No obstante, lo previsto en el artículo 839 del Estatuto Tributario contradice lo ordenado por el artículo 542 del C. de P.C. Entonces, ¿Cuál norma deberá aplicarse, considerando que el Decreto 624 de 1989 es de marzo 30 de ese año, en tanto que el Decreto 2282 de 1989, reformativo del C. de P.C. lo es de octubre 7, esto es, posterior de aquél?

¿Podrá el registrador inscribir el embargo comunicado por el funcionario fiscal, pese a estar ya inscrito el embargo ordenado por el juez civil?

Si se estima prevalente el artículo 542 del C. de P.C., el funcionario de ejecuciones fiscales comunicará, entonces, al juez civil el embargo que ha decretado, lo que deberá hacer inmediatamente sin necesidad de dictar auto que lo ordene, por oficio en el cual se indicará el nombre de las partes y los bienes de que se trate.

El proceso civil se adelantará hasta el remate de dichos bienes, pero antes de la entrega de su producto al ejecutante, el juez civil solicitará al funcionario de ejecución por jurisdicción coactiva la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que cobra, y con base en ella, por medio de auto, se hará la distribución entre todos los acreedores, de acuerdo con la prelación establecida en la ley material. Dicho auto es apelable y se comunicará al funcionario que adelante el proceso por jurisdicción coactiva, quien podrá interponer los recursos de reposición y de apelación, dentro de los diez días siguientes al de la remisión del oficio por correo certificado o de su entrega por un subalterno del juzgado si fuere en el mismo lugar. Los gastos hechos para el embargo, secuestro, avalúo y remate de bienes en el proceso civil se cancelarán con el producto del remate con preferencia al pago del crédito fiscal.

Existe actualmente en alguna ciudad de Colombia un conflicto sin resolver todavía, en el que un Juzgado Civil del Circuito y la DIAN embargaron, secuestraron y remataron el mismo inmueble del deudor, sin que el funcionario de jurisdicción coactiva hubiera atendido la orden del juez civil de enviarle la liquidación del crédito fiscal, de conformidad con lo previsto por el artículo 542 del C. de P.C. El funcionario fiscal ha alegado que el proceso para el cobro coactivo de impuestos nacionales prevalece sobre el proceso civil, debiéndose respetar lo dispuesto en el Estatuto Tributario.

n) El embargo de dineros existentes en cuentas bancarias.

El Código de Procedimiento Civil quedó corto al reglamentarlo y debió acoger lo que la Superintendencia Bancaria había previsto desde 1972.

No obstante, los establecimientos bancarios están obligados a cumplir con la Circular 090 de octubre 4 de 1972 de la Oficina Jurídica. Lo anterior no impide que el secretario del Despacho Judicial en el oficio de embargo dirigido al gerente o director comunicándole el embargo, le advierta que en lo pertinente dé aplicación a dicha Circular¹⁴.

ñ) ¿Embargada la casa que sirve de morada al ejecutado, estará éste obligado a pagarle arrendamiento al secuestre?

Puede suceder que al embargarse y secuestrarse la casa u oficina del ejecutado, se pretenda por el ejecutante o por el secuestre que aquél celebre por escrito un contrato de arrendamiento con el depositario, o simplemente le pague el canon de arrendamiento que entre ambos acuerden. Esta pretensión es abusiva, porque el embargo y secuestro limita pero no extingue el derecho de dominio del ejecutado, pues esas medidas no tienen la fuerza jurídica para alterar la condición o calidad del propietario demandado, hasta el punto de convertirlo en arrendatario.

o) El embargo de giros bancarios para pago a terceros.

El embargo y secuestro de dineros enviados mediante giro bancario puede originar alguna confusión, especialmente cuando el destinatario de ellos únicamente tiene la calidad de mandatario o, si se quiere, de simple intermediario, para hacerle el pago a un tercero de obligación a cargo del remitente.

¹⁴ De la extensa Circular cabe destacar que el establecimiento bancario tiene la obligación de afectar la cuenta embargada según los registros que presente en la misma fecha y hora en que se reciba la respectiva comunicación; igualmente, el banco está obligado a entregar al portador del oficio del juzgado, un volante en que conste la cuantía del saldo afectado por la orden de embargo con la indicación de que la mención es provisional.

El caso es el siguiente: A conviene con B la compraventa de una mercancía por un precio determinado, pagado por A una vez le reconozca y reciba. Como A reside en Cali, y B está en Medellín, aquél dispone girar a la cuenta corriente de su amigo C, quien reside igualmente en Medellín, la suma correspondiente al precio estipulado, dinero que es depositado por el Banco en la cuenta corriente de C con el propósito de que le pague a B una vez sea reconocida y aceptada la mercancía.

X, quien es acreedor de A, pide y obtiene el embargo del dinero depositado en la cuenta corriente de C. ¿Podrá A contener el levantamiento de esa medida cautelar?¹⁵

p) ¿Cuál es el término que tiene el tercero para prestar la caución a que se refiere el artículo 687-8, segundo inciso, del C. de P.C.?

El segundo inciso del numeral 8 del artículo 687 del C. de P.C. dispone que para que pueda iniciarse el incidente propuesto por el tercero poseedor que no se opuso a la práctica de la diligencia del secuestro, o que se opuso pero no estaba representado por apoderado judicial, "es indispensable que el peticionario preste caución que garantice el pago de las costas y la multa que lleguen a causarse, y si se trata de proceso ejecutivo además que no se haya efectuado el remate del bien".

¿Podrá el juez, al señalar la cuantía y forma de la caución, disponer el término en que el tercero deberá otorgarla, o el término se presume legal?

En un caso reciente, un Juzgado Civil del Circuito de Medellín exigió que para que pudiera iniciarse el incidente propuesto por el tercero, éste debería prestar una caución por valor de \$1.500.000 "en el término de cinco días". Transcurrido éste sin que se cumpliera lo ordenado, el juzgado rechazó de plano el incidente.

En segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el tercero, el Tribunal Superior, en Sala de Decisión Civil, lo revocó, al considerar, acertadamente, que de acuerdo con la norma citada el máximo término de preclusión para el otorgamiento de la caución lo define la realización del remate, cuando de proceso ejecutivo se trata. De manera que mientras esta última

¹⁵ Auto del Tribunal Superior de Armenia -Sala de Decisión Civil-, febrero 7 de 1986. En la providencia anotada dice el Tribunal que enseña el artículo 762 del Código Civil que para que se configure el fenómeno jurídico de la posesión material, no es absolutamente necesario que quien se pretenda dueño de la cosa la detente personalmente, por sí, sino que bien puede hacerlo por intermedio de otro si la tenga en su lugar y a nombre de él, permitiendo así la posibilidad de poseer por intermedio de otra persona. Es decir, se puede poseer de manera inmediata mediante la relación directa del poseedor, o el que se da por tal, con la cosa poseída, o de manera mediata, por intermedio de otro, quien detenta a nombre y en lugar del poseedor material, o de quien se da por tal.

diligencia no haya ocurrido, el tercero poseedor que no conocía del secuestro está en tiempo para formular el incidente, y aquél que conoció de él para prestar la caución, siempre y cuando el incidente se haya propuesto dentro de los veinte días siguientes a la diligencia o al conocimiento¹⁶.

Por ser la caución exigida por el artículo en mención una condición de procedibilidad que impide el trámite mientras no se preste, su cumplimiento no puede estar sujeto a un término inferior al que la misma norma prevé, esto es, el remate del bien.

q) ¿El embargo de muebles y enseres existentes en un inmueble presupone el de un vehículo que se encuentra en el garaje y cuya existencia era ignorada por el ejecutante?

Al momento de producirse el embargo y secuestro de los muebles y enseres que se encuentran en la casa, local comercial, u oficina del ejecutado, decretados debidamente por el juzgado, el ejecutante o su apoderado judicial advierten la presencia de un vehículo automotor en el respectivo garaje. Si en el acto se pide que el secuestro se extienda a ese automóvil. ¿Podrá disponer así el funcionario que practica la medida? ¿Podrá secuestrarse ese bien antes de que se inscriba el embargo en la respectiva oficina de tránsito?

La advertencia contenida en el artículo 515 del C. de P.C. (modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1o, núm. 274), que exige la inscripción del embargo antes de que pueda efectuarse el secuestro del bien sujeto a registro, ¿se aplica también a los vehículos?

r) Embargo de créditos.

El artículo 681-4 del C. de P.C. dispone la manera como deberá procederse para el embargo de un crédito que el ejecutado tenga respecto de un tercero. En este sentido establece que "se perfeccionará con la notificación al deudor mediante entrega del correspondiente oficio, en el que se le prevendrá que debe hacer el pago a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales. Si el deudor se negare a firmar el recibo del oficio, lo hará por él cualquier persona que presencie el hecho.

"Al recibir el deudor la notificación, o dentro de los tres días siguientes, deberá informar bajo juramento que se considerará prestado con su firma, acerca de la existencia del crédito, de cuándo se hace exigible, de su valor, de cualquier embargo que con anterioridad se le hubiere comunicado y si se le notificó antes alguna cesión o si la aceptó, con indicación del nombre del cesionario y la fecha

¹⁶ Auto de marzo 21 de 1995.

de aquélla, so pena de responder por el correspondiente pago y de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, de todo lo cual se le prevendrá en el oficio de embargo.

“Si el deudor no efectúa el pago oportunamente, el juez designará secuestre quien podrá adelantar proceso judicial para tal efecto. Si fuere hallado el título del crédito, se entregará al secuestre; en caso contrario, se le expedirán copias que solicite para que inicie el proceso.

El del crédito de percepción sucesiva comprende los vencimientos posteriores a la fecha en que se decretó, y los anteriores que no hubieren sido cancelados”.

Es importante advertir que el embargo de un crédito debe ceñirse estrictamente a lo ordenado por esta disposición, pues de no hacerse así, el embargo no habrá quedado perfeccionado ni se le podrá exigir responsabilidad alguna al deudor del ejecutado.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil del 4 de mayo de 1988, aplicable todavía, no obstante la reforma parcial introducida por el Decreto 2282 de 1989 al numeral 4 del artículo 681 del C. De P.C., expresó la necesidad de que en el oficio en que se le comunique el embargo del crédito al deudor, deberán hacerse las advertencias indicadas en la norma, apoyándose en que “las formas de los actos procesales, entre ellas las de los de comunicación, son imperativas y si es aceptable que la omisión de formalidades no causa ineficacia en cuanto se cumpla con el propósito si devienen ineficaces si por su omisión el fundamento o *ratio legis* de las formas se lesiona. Por consiguiente, el embargo de derechos crediticios para su eficacia en guarda de los deberes del acreedor como de los del deudor, tiene que perfeccionarse con el cumplimiento de las formalidades que las normas de procedimiento determinan... Por lo tanto; la finalidad legal no se alcanza si el mecanismo o medio no se observa cabalmente, es decir, simplemente no hay embargo perfeccionado y por supuesto el pago que haga el deudor a su acreedor no queda afectado de la inutilidad que la ley establece”.

Hay que destacar que el inciso tercero le da al secuestre el derecho de demandar al deudor cuando éste no efectúa oportunamente el pago de crédito embargado. Pero deben entenderse que si encuentra el título contentivo del crédito (antes de que legalmente hubiere pasado a tenencia o propiedad de un tercero) con aquél deberá formularse la respectiva demanda ejecutiva; en caso contrario, deberá hacerlo con las copias que le suministre el secretario del juzgado, que serán las del auto que decretó el embargo, del oficio y de su recibo firmado por el deudor o un tercero, de las constancias que figuren en el expediente sobre la respuesta dada por el deudor respecto de la existencia, cuantía, y exigibilidad del crédito, si fueren indispensables. Con las copias mencionadas, además de la certificación de su calidad actual de secuestre, podrá formularse demanda

ejecutiva contra el deudor, pues no hay duda que tales documentos constituyen un título ejecutivo complejo.

¿Pero qué sucede si el crédito cuyo embargo se pretende está representado en un título-valor?

Puede ocurrir que el ejecutante A sabe que el ejecutado B es a su vez acreedor de C de una suma determinada de dinero, cuyo pago es exigible, y que dicha obligación a cargo de C está representada en un pagaré aceptado por éste a la orden de B. ¿Podrá A obtener el embargo de ese crédito, con fundamento en lo previsto por el artículo 681-4 del C. de P.C.?

En virtud de las características especiales de los títulos-valores, el crédito en ellos incorporado es inseparable del documento mismo. Mientras éste no sea aprehendido físicamente, la medida cautelar no podrá perfeccionarse.

Por consiguiente, si en el ejemplo propuesto el juez, atendiendo la petición de A y con base en el numeral 4 del artículo 681 del C. de P.C. decreta el embargo del crédito, el deudor C, no obstante que reciba la comunicación prevista en la norma, no estará obligado a cumplirla, pues su obligación únicamente la tendrá con quien le presente el pagaré, esto es, con el tenedor del título-valor. Esto es consecuente, además, con lo previsto en el artículo 629 del Código de Comercio, según el cual, entre otros casos, el secuestro de un título-valor no surtirá efectos si no comprende "el título mismo materialmente".

Cabe observar que el artículo 681 del C. de P.C. no previó el embargo de títulos-valores a la orden a cargo de particulares, pues el numeral 6 alude a los que constan en los libros de personas jurídicas, públicas o privadas. Y el segundo inciso alude solamente a los títulos-valores y efectos negociables "al portador".

Empero, debe advertirse en este punto, respecto de la omisión anotada, que antes de la reforma introducida al Código de Procedimiento Civil por el Decreto 2282 de 1989, el segundo inciso del numeral 6 del artículo 681 si contemplaba el embargo de títulos-valores a la orden, al expresar que "El de acciones, títulos y efectos públicos al portador, y de efectos negociables nominativos a la orden o al portador, se perfeccionará con la entrega del respectivo título al secuestro". Es tan injustificada como inexplicable esa omisión que válidamente, con lógica judicial, podrá aplicarse en un caso dado la solución que antes establecía esa norma.

s) El embargo de bienes poseídos ilícitamente por el deudor.

En Colombia se está persiguiendo actualmente el delito de enriquecimiento ilícito, de conformidad con lo previsto en la legislación penal.

El propietario de algún bien inmueble, cuya adquisición lícita no puede demostrar, es demandado ejecutivamente y ese bien es embargado por orden del juez civil, ¿qué sucede en relación con la permanencia de esa medida si el propietario es condenado penalmente por enriquecimiento ilícito? Deberá levantarse el embargo? ¿Perderá su derecho de persecución el ejecutante civil, quedando así insoluto su crédito?

t) Embargo de bienes y el fraude para eludir pago de deudas.

En Colombia posiblemente sea necesaria una reforma tendiente a consagrar la tipicidad penal en aquellos casos en que el ejecutante queda privado de perseguir los bienes del ejecutado por causa de que éste, al conocer la inminencia del embargo, los traspasa simulada o realmente, con grave perjuicio del acreedor. Aunque éste puede intentar la pretensión pauliana para que en el caso de la simulación los bienes regresen efectivamente al patrimonio del deudor, no siempre prosperará, y la conducta de éste quedará impune, lo que no parece justificable.

Es ejemplar, al respecto, lo que establece el Código de Procedimiento Civil del Estado Vaticano, promulgado en mayo 1 de 1946¹⁷.

u) Reformas a la regulación existente en el Código de Procedimiento Civil.

INTRODUCCION

En relación con las medidas cautelares en el proceso ejecutivo para pago de sumas de dinero, podría meditarse sobre algunas reformas posibles, además de las que se han señalado en esta ponencia:

a) Establecer la posibilidad de que en el evento, muy común, de que el ejecutante ignore cuáles bienes inmuebles puedan ser propiedad del deudor, siendo dispendiosa la investigación que deba hacerse para identificar las matrículas respectivas, se permita que aquél pueda solicitarle al juez, al tiempo de formular la demanda, que se libre oficio a las notarías y oficinas de registro de instrumentos públicos para que se rechace toda escritura pública o inscripción de enajenación o gravamen que afecte bienes del ejecutado, cuyos nombres, razón o denominación social, y número de identificación se les comunicará en ese oficio.

Esto mismo podría establecerse en relación con automotores del ejecutado, que el ejecutante no haya podido identificar.

¹⁷ Los artículos 686 al 695 consagran el régimen penal, no solamente cuando el deudor ha enajenado real o simuladamente sus bienes en fraude de los acreedores, o con el mismo fin ha ocultado sus bienes muebles; sino también cuando aquél ha hecho valer en la ejecución, o un crédito simulado, o un crédito real pero con título de privilegio simulado o fraudulento. Sin embargo, el artículo 689 establece algunos casos en que no hay lugar a la condena penal (parentesco hasta determinado grado entre acreedor y deudor, o si el hecho se comete sobre cosas de escaso valor para proveer a una grave y urgente necesidad; o si se trata de una obligación hereditaria; o el deudor no ha cumplido los dieciocho años de edad o había cumplido ya los setenta y cinco).

b) Contando con los medios modernos de sistematización y base de datos que se encuentran a disposición del Estado, podrá llegar el día en que en relación con embargo de inmuebles, automotores y cuentas corrientes o de ahorros, sea suficiente que el ejecutante pida el embargo de bienes del ejecutado, y que corresponda al Estado, a través del juzgado, proceder a la averiguación necesaria para realizar esos embargos. Téngase en cuenta que desde hace muchos tiempo el mismo Estado ya está haciendo eso para su propio beneficio, cuando se trata de ejecuciones por jurisdicción coactiva.

c) Autorizar que el ejecutante, con el consentimiento del ejecutado, pueda asumir la custodia y conservación de los bienes secuestrados. Con esto se disminuye el costo del proceso, pues no habrá que pagar ni honorarios ni gastos de secuestro. Y cuando el ejecutado pretenda ser el depositario de los bienes secuestrados, se exija igualmente el consentimiento del ejecutante, y que no baste la decisión unilateral del secuestro, como se acostumbra actualmente.

d) Cuando el embargo recaiga sobre una cuota de un derecho proindiviso en un inmueble, deberá dársele al otro comunero, ajeno a la obligación, la oportunidad para que directamente, y antes de señalarse fecha para la subasta, adquiera el derecho sobre esa cuota por el valor con que saldría a remate. Podría aplicarse algo parecido a la opción de compra existente en el proceso divisorio.

e) Modificar el trámite de la oposición del tercero poseedor que no estuvo presente en la diligencia de secuestro, asimilándolo, en parte, al existente en la legislación procesal italiana.

f) Dotar al juez de la facultad de no exigirle prestación de caución al ejecutante (persona natural, o jurídica de derecho público o privado) que pretenda el embargo y secuestro previos de bienes del ejecutado, cuando a prudente juicio de aquél el ejecutante sea de notoria solvencia económica. Con esto se reduce el valor de las costas que el ejecutado, al prosperar la ejecución, debería pagar por concepto del precio de la póliza de seguros o de la garantía bancaria, por ejemplo.