

## CIRCULAR EXTERNA 7 DE 2016

(octubre 19)

Diario Oficial No. 50.031 de 19 de octubre de 2016

### AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

**Para:** MIEMBROS DE LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN, REPRESENTANTES LEGALES, ORDENADORES DEL GASTO, APODERADOS DE ENTIDADES Y ORGANISMOS PÚBLICOS DEL ORDEN NACIONAL

**De:** AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

**Asunto:** LINEAMIENTOS DE PREVENCIÓN Y DEFENSA JURÍDICA EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA RECURSOS PÚBLICOS INEMBARGABLES

**Ciudad y fecha:** Bogotá, D. C., 19 de octubre de 2016

#### I. Competencia y alcance

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en adelante la ANDJE o la Agencia, creada por la Ley 1444 y el Decreto ley 4085 de 2011 tiene competencias y funciones de implementación de políticas y estrategias para la recuperación de recursos públicos de las entidades y organismos del orden nacional, a través de acciones judiciales o administrativas, y la de expedir lineamientos para la gestión de la defensa jurídica del Estado, los cuales gozan de carácter vinculante para las entidades públicas del orden nacional y para sus abogados.

El Código General del Proceso (en adelante CGP)<sup>[1]</sup>, en los artículos 610 a 613, atribuyó diversas facultades a la ANDJE, para actuar como interviniente o apoderado en los procesos judiciales en los cuales sea parte una entidad pública, en aquellos en que se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado y para promover el incidente de levantamiento de embargo por insostenibilidad fiscal o presupuestal del ente demandado, de conformidad con el artículo 597 numeral 11.

Por otro lado, en virtud de lo dispuesto por la Carta Circular número 57 del 19 de agosto de 2008, de la Superintendencia Financiera de Colombia, las entidades financieras deben comunicar a la Agencia los embargos que afectan las rentas y recursos del presupuesto general de la Nación y del Sistema General de Participaciones.

Es así como a partir de esa competencia la Agencia advierte la ejecución de medidas cautelares decretadas por funcionarios judiciales y administrativos en contra de entidades públicas, sin el lleno de los requisitos y condiciones que el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia imponen para la procedibilidad de una medida cautelar contra un recurso público, y de alguna manera se evidencia la ausencia de una adecuada defensa técnica por parte de los apoderados de las Oficinas Jurídicas de las entidades respecto del decreto y práctica de las medidas cautelares, tanto en los procesos administrativos como judiciales, situación que conlleva el aumento de la litigiosidad y la afectación del patrimonio público.

#### II. Justificación constitucional del principio de inembargabilidad

El artículo 63 de la Constitución Política dispone que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Estos mismos instrumentos de protección se predicen para los bienes que conforman el patrimonio arqueológico y otros bienes que conforman la identidad nacional, conforme al artículo 72 de la Carta Política. Por virtud de dichos mandatos constitucionales, los bienes de uso público no pueden ser objeto de transferencia en su propiedad, ni de prescripción adquisitiva o extintiva de dominio, o ser afectados por la imposición de medidas cautelares.

La justificación constitucional del principio de inembargabilidad guarda relación con el cumplimiento de los fines constitucionales y de las normas orgánicas de presupuesto, así como el respeto del principio de la prevalencia del interés general sobre el particular. Así lo ha entendido la Corte Constitucional, al manifestar que el principio de inembargabilidad<sup>[2]</sup> pretende proteger los recursos financieros del Estado destinados a satisfacer los requerimientos indispensables para el cumplimiento de sus fines esenciales, a través de la intangibilidad judicial de dichos recursos.

Solo así se protegen los recursos públicos frente a la práctica indiscriminada de embargos que expondría al Estado a su parálisis total, al hacer prevalecer el interés particular de un cobro específico sobre el interés general, en claro desconocimiento de la Constitución<sup>[3]</sup>.

Existe entonces un soporte constitucional, legal y jurisprudencial, protector del principio de inembargabilidad de los recursos públicos de obligatoria observancia por parte de los jueces y funcionarios administrativos. No obstante, la inembargabilidad no es un principio absoluto. En efecto existen una serie de excepciones contenidas, tanto en instrumentos legales como en precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, que permiten la aplicación de medidas cautelares sobre bienes o recursos públicos, en principio cobijados con dicha protección. En este sentido, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-1154 de 2008, limitó el beneficio de inembargabilidad cuando se trate de:

i) **la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral** con lo cual se busca efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas; por considerar que la tensión existente entre el principio de intangibilidad judicial del presupuesto general de la nación, y el derecho al trabajo debe resolverse en favor de este último, por constituir un valor fundante del Estado Social de Derecho merecedor de una especial protección constitucional<sup>[4]</sup>, en procura de la realización efectiva de los derechos laborales reconocidos en sentencias judiciales o actos administrativos.

En consecuencia, la Corte Constitucional condicionó la constitucionalidad del artículo 21 del Decreto ley 028 de 2008 concerniente al monitoreo, seguimiento y control de los recursos del Sistema General de Participaciones, bajo el entendido de que el pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia debe efectuarse máximo en un plazo de 18 meses<sup>[5]</sup> posteriores a su ejecutoria, luego de lo cual podrán imponerse medidas cautelares sobre los ingresos corrientes de libre destinación de las entidades territoriales, y si dichos recursos no son suficientes se podrá acudir a los recursos de destinación específica y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos.

ii) **el pago de sentencias judiciales** para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias, tal y como se postuló en la Sentencia C-354 de 1997<sup>[6]</sup>, donde además la Corte señaló que en tratándose de providencias proferidas por la jurisdicción contenciosa administrativa, era menester acatar los plazos para su cumplimiento y ejecución señalados en los artículos 176 (30 días contados desde la comunicación de la sentencia) y 177 del C.C.A. (18 meses después de la ejecutoria de la sentencia), transcurridos los cuales es viable ordenar el embargo de los recursos del presupuesto, comenzando con el rubro destinado al pago de sentencias y conciliaciones<sup>[7]</sup>.

iii) **los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible.** En la misma providencia C-354 de 1997, la Corte Constitucional hizo extensiva la regla de decisión señalada respecto de la excepción al principio de inembargabilidad para el pago de sentencias judiciales, a aquellos créditos cuyo título consta en actos administrativos, o que sean originados en las operaciones contractuales de la administración, esto es, provenientes del Estado deudor, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Para el alto tribunal tanto valor tiene el crédito reconocido en una sentencia como el que crea el propio Estado, con una particularidad y es que en el caso de títulos ejecutivos emitidos mediante actos administrativos la obligación debe emanar del mismo título, y en el evento de que hayan sido producidos de manera manifiestamente fraudulenta es posible su revocación por la administración<sup>[8]</sup>.

Finalmente la Corte Constitucional reafirma en la providencia C-1154 de 2008, la regla jurisprudencial trazada en la Sentencia C-793 de 2002 y reiterada en la C-566 de 2003, C-192 de 2005 y T-1194 de 2005, según la cual, estas tres (3) reglas de excepción al principio de inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación a que se ha hecho alusión, eran igualmente aplicables respecto de los recursos del Sistema General de Participaciones, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tuvieran fuente en alguna de las actividades a las cuales estaban destinados los recursos del Sistema (educación, salud, agua potable y saneamiento básico), a excepción de los recursos de propósito general que los municipios de 4ª, 5ª y 6ª categoría destinen libremente –por autorización del artículo 78 de la Ley 715 de 2001 hasta un 42%–, para inversión u otros gastos de funcionamiento distintos a financiar la infraestructura de agua potable y saneamiento básico, en cuyo caso no gozan de la inembargabilidad de los recursos del sistema de participaciones.

### III. Protección legal de recursos públicos inembargables

Aparte del sustento constitucional antes esbozado, se han expedido diversos instrumentos legales de protección de inembargabilidad frente a determinadas fuentes de recursos, en atención a la destinación de tales ingresos prevista por el legislador, buscando con ello la integridad del patrimonio colectivo, la satisfacción del bienestar general y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

La siguiente tabla contiene las disposiciones por medio de las cuales el legislador ha dispuesto la protección legal del beneficio de inembargabilidad:

<b>Núm.</b>	<b>Tipo de recurso</b>	<b>Norma de inembargabilidad</b>
1	Recursos del Presupuesto General de la Nación y de las entidades territoriales.	-- Artículo 19 del Decreto 111 de 1996 EOP.  -- Decreto 1068 de 2015. Artículo 2.8.1.6.1.  -- Ley 1564 de 2012. Artículo 594 numeral 1: bienes, rentas y recursos del PGN y del presupuesto de las entidades territoriales.
2	Inembargabilidad en cuentas a favor de la Nación	-- Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.8.1.6.1.1. solo se podrá practicar sobre la cuenta o cuentas corrientes que reciban recursos del presupuesto nacional, abiertas a favor de la entidad u organismo condenado en la sentencia respectiva.
3	Recursos del Sistema General de Participaciones.	-- Ley Orgánica 715 de 2001. Artículos 18 y 91.  -- Decreto ley 028 de 2008. Artículo 21.  -- Decreto Único Reglamentario 1068 de 2005 Artículo 2.6.6.1. y 2.6.6.2.  -- Ley 1551 de 2012. Artículo 45.  -- Ley 1564 de 2012. Artículo 594 numerales 1 (Cuentas SGP) y 4 (Transferencias).
4	Recursos del Sistema General de Regalías.	-- Ley 1530 de 2012. Artículo 70.  -- Ley 1551 de 2012. Artículo 45.  -- Ley 1564 de 2012. Artículo 594 numeral 1. Cuentas SGR.
5	Rentas propias de destinación específica para el gasto social de los municipios.	-- Ley 1551 de 2012. Artículo 45.
6	Recursos de la Seguridad Social.	-- Ley 100 de 1993. Artículo 9o.  -- Ley 1551 de 2012. Artículo 45.  -- Ley 1564 de 2012. Artículo 593 numeral 1.  -- Ley 1751 de 2015. Artículo 25.
7	Inembargabilidad del monto asignado para pago de sentencias y conciliaciones, y de los recursos del Fondo de Contingencias.	-- Artículo 195 parágrafo 2o de la Ley 1437 de 2011.
8	a) Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas;  b) Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deben anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción;  c) Las dos terceras partes de la renta bruta de los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios.	-- Código General del Proceso. Artículo 594 numerales 3, 5 y 16.

#### **IV. Lineamientos de defensa y recuperación de recursos públicos inembargables**

A continuación se emiten recomendaciones generales para la protección de los recursos del patrimonio público protegidos con el beneficio de inembargabilidad, en relación con las situaciones más frecuentes de afectación a los mismos mediante el decreto de embargos.

##### **4.1. Embargo de recursos inembargables sin fundamento legal**

A continuación se emiten una serie de lineamientos generales para la protección de los recursos del patrimonio público protegidos con el beneficio de inembargabilidad, en relación con las situaciones más frecuentes de afectación a los mismos mediante el decreto de embargos:

i) Una vez sea enterada la entidad de la existencia de una medida de embargo, el servidor público responsable tiene la obligación de pedir el desembargo inmediato, para lo cual solicitará la certificación de inembargabilidad al jefe de la sección presupuestal<sup>[9]</sup> donde se encuentren incorporados los recursos. Dicha constancia se anexará a la petición de levantamiento de la medida cautelar y señalará el tipo de proceso, las partes involucradas, el despacho judicial que profirió las medidas cautelares y el origen de los recursos que fueron embargados<sup>[10]</sup>.

ii) los apoderados que ejercen la defensa judicial de la entidad pública deben en cada caso concreto:

a) Examinar si el recurso cobijado con la medida cautelar está protegido con el beneficio de inembargabilidad, y si se

cumple con alguna de las excepciones legales o jurisprudenciales, aplicables para los recursos tanto del Sistema General de Participaciones como del Sistema General de Regalías;

b) Promover la solicitud de levantamiento de la medida cautelar ante la autoridad que profirió la cautela, cuando la pretensión asegurada con el embargo no esté amparada por una excepción legal o jurisprudencial al principio de inembargabilidad. Para ello la petición debe manifestar la protección constitucional y legal del principio de inembargabilidad del recurso público, su afectación injustificada al no aplicar la prohibición de embargo, y la solicitud de levantamiento de la medida cautelar y la devolución inmediata de los títulos de depósito judicial, en caso de que se hayan constituido;

c) Si la medida cautelar se motivó con fundamento en la excepción tercera al principio de inembargabilidad descrita en la Sentencia C-1154 de 2008, el apoderado de la entidad debe verificar que en efecto el título ejecutivo que soporta el proceso respectivo emana del Estado y reconoce una obligación clara, expresa y actualmente exigible, pues no es de recibo dicha excepción cuando el título ejecutivo está contenido en documentos privados, como por ejemplo cuentas de cobro, facturas o cheques que no fueron expedidos a través de un acto administrativo o contrato debidamente celebrado con el Estado, sin perjuicio de la verificación del cumplimiento del lleno de los requisitos previstos para ello por el Código de Comercio y las demás normas complementarias. Adicionalmente, el título ejecutivo emanado del Estado debió constituirse para ejecutar un recurso público inembargable, verbigracia, el contrato mediante el cual se busca la ejecución de recursos del Sistema General de Participaciones.

## **4.2. Inaplicación del procedimiento de embargo de recursos inembargables**

El Código General del Proceso<sup>[11]</sup> introdujo en el párrafo del artículo 594 un procedimiento para el embargo de recursos protegidos con el beneficio de inembargabilidad. Sobre este particular, es necesario precisar que, no obstante la existencia de pronunciamientos jurisprudenciales que señalan la plena vigencia del Código General del Proceso para algunas jurisdicciones y procedimientos, muchos jueces y funcionarios investidos con facultades de cobro coactivo no dan aplicación al contenido de dicha disposición normativa.

En efecto el Código General del Proceso entró a regir en su totalidad y para todas las jurisdicciones en que está organizada la rama ejecutiva del poder público, a partir del 1o de enero de 2016 según lo dispuesto por el Acuerdo número PSAA15-10392 del 1o de octubre del 2015, del Consejo Superior de la Judicatura.

El procedimiento para el embargo de recursos inembargables descrito por el párrafo del artículo 594 del CGP se contrae a lo siguiente:

De entrada, dicho aparte normativo estatuye una regla de prohibición general para decretar embargos sobre bienes de naturaleza inembargable, por parte de funcionarios tanto administrativos como judiciales.

Seguidamente la disposición comentada postula la relatividad del principio de inembargabilidad, al reconocer la existencia de excepciones legales a dicha prohibición, y fija en el funcionario que decreta la medida cautelar, la carga procesal de invocar en la orden de embargo, el fundamento legal para la procedencia de la excepción a la inembargabilidad.

Concordante con lo anteriormente expresado, el párrafo del artículo 594 del CGP confiere la potestad a cargo del destinatario de la comunicación de la medida cautelar, de abstenerse de dar cumplimiento a la orden, en razón a la naturaleza inembargable de los recursos, en cuyo caso debe comunicar al día hábil siguiente a la autoridad sobre el no acatamiento de la medida. Correlativamente la autoridad que decretó la medida debe pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al envío de la comunicación, sobre la procedencia de la excepción a la regla de inembargabilidad, so pena de la revocatoria de la medida cautelar por ministerio de ley.

En los eventos donde el funcionario administrativo o judicial insiste dentro del término legal en la práctica de la medida cautelar, fundado en una excepción a la inembargabilidad, el destinatario de la orden debe cumplirla pero a través de la congelación de los recursos en una cuenta especial, que devengue intereses en las mismas condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el débito por cuenta del embargo.

Finalmente, la disposición sujeta la entrega de los dineros congelados a órdenes del despacho competente, cuando sobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene.

De acuerdo con lo anterior y frente a la inobservancia del párrafo del artículo 594<sup>[12]</sup> del CGP, se recomienda proceder de la siguiente manera:

i) Exigir de parte de la autoridad que decreta la medida cautelar, la aplicación íntegra del procedimiento descrito por el

parágrafo del artículo 594 del CGP, para las jurisdicciones donde está rigiendo la Ley 1564 de 2012, por tratarse de una norma procedimental de orden público y de naturaleza especial, que regula de manera genérica el embargo sobre recursos inembargables.

ii) Remitir oficio a las entidades destinatarias de la medida cautelar (bancos, pagadores, etc.), solicitándoles hacer uso de la facultad de abstenerse del cumplimiento de la medida cautelar, conforme lo prevé el inciso segundo del parágrafo del artículo 594 del CGP.

iii) En aquellos casos donde la autoridad que decreta la medida cautelar no invoca en el oficio de comunicación de dicha orden, la excepción legal frente a la inembargabilidad, o no insiste en la práctica de la misma una vez transcurrido el término de los tres (3) días hábiles siguientes al envío del oficio de comunicación del no acatamiento del embargo; el apoderado de la entidad debe solicitar a la autoridad administrativa o judicial que se revoque por ministerio de la ley la medida cautelar.

iv) Si la autoridad insiste en la práctica de la medida cautelar, amparada en una excepción válida, se debe solicitar que se congelen los recursos a través de la apertura de una cuenta especial. Luego aquí no opera la constitución de títulos de depósito judicial. En todo caso, la entidad pública debe oponerse a cualquier entrega anticipada de dineros, sin previa existencia de la sentencia ejecutoriada o la providencia que ponga fin al proceso, mediante la cual se ordene el pago de dichos valores retenidos y congelados.

v) Cuando la medida cautelar se decreta en el marco de un proceso administrativo coactivo, debe darse aplicación al procedimiento previsto por el parágrafo artículo 594 del CGP. Esta disposición guarda armonía con el artículo 839-2 del Estatuto Tributario (ET). Ello porque el artículo 839-1 del mismo estatuto consagra la remisión normativa al procedimiento civil en los aspectos compatibles, que regulan el embargo, secuestro y remate de bienes, uno de cuyos casos es el procedimiento de embargo de recursos inembargables, introducido por el parágrafo del artículo 594 del CGP, concordante con el numeral 2 del artículo 100 del CPACA.

### **4.3. Exceso de embargos en procesos de ejecución**

En el evento de que un despacho judicial o cualquier autoridad de conocimiento decrete medidas cautelares excesivas o desproporcionadas sobre diversos bienes o cuentas bancarias, ocasionando un efecto multiplicador de la misma medida, con lo cual se pone en riesgo el cumplimiento de la ejecución presupuestal de las entidades y organismos públicos del orden nacional. Sobre el particular es importante tener en cuenta las siguientes disposiciones que rigen la materia:

El artículo 2488 del Código Civil que consagra, en materia de obligaciones, la regla de la “prenda general de los acreedores” conforme a la cual, toda obligación personal da derecho al acreedor de perseguir su ejecución sobre todos los bienes muebles o inmuebles, presentes o futuros del deudor, salvo los bienes no embargables.

La jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia<sup>[13]</sup> que considera que este derecho del acreedor no es absoluto; en efecto el Código Civil lo relativiza en su artículo 2492 cuando fija como límite de la cautela, lo necesario o indispensable para cubrir el crédito, los intereses y los gastos de cobro. Al respecto hay que tener en cuenta lo establecido en los artículos 593, 599 y 600 del CGP, en donde se fija el cuántum máximo de la medida de embargo, y se faculta al deudor a solicitar la reducción de embargos o el desembargo parcial, cuando aparece que alguno(s) de los bienes son suficientes para el pago respectivo. Asimismo, la jurisprudencia reconoce que quien solicita la medida cautelar puede incurrir en abuso del derecho generador de responsabilidad civil, cuando pudiendo, no destraba los bienes que no prestan ninguna garantía para la efectividad de la obligación perseguida, o cuando a petición del acreedor se embargan en exceso bienes del deudor.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de prevenir el daño antijurídico en esta materia, emite los siguientes lineamientos de defensa a acatar en los procesos de ejecución contra entidades públicas del orden nacional:

i) Promover la solicitud de levantamiento del embargo ante el juez que dictó la medida cautelar, cuando este resulte injustificado, sea irrazonable o desproporcional, acompañando la solicitud de los elementos de prueba pertinentes que permitan deducir dichas circunstancias, tales como por ejemplo: constancias de pago de las obligaciones en cobro, avalúos de los inmuebles afectados, certificaciones bancarias sobre la constitución de títulos de depósito judicial a órdenes del funcionario que dispuso la medida, etc.

ii) Solicitar el desembargo parcial e inmediato, si una vez perfeccionada la medida cautelar frente a uno de los bienes de la entidad, se verifica que este cubre el límite de la medida cautelar, por lo cual resulta innecesario e injustificado mantener vigentes los embargos sobre los demás bienes o sumas de dinero depositadas en cuentas bancarias.

iii) Verificar que la parte actora haya constituido de manera suficiente la caución requerida para el decreto y práctica de medidas cautelares previas.

iv) Pedir del juez la fijación del monto de la caución para evitar o levantar embargos, en las modalidades previstas por las normas de procedimiento civil<sup>[14]</sup>.

v) Solicitar ante el juzgado de conocimiento la reducción del embargo<sup>[15]</sup>, a través del cual se busca que el ejecutante prescinda de la práctica de determinadas medidas cautelares, o rinda las explicaciones a que haya lugar, cuando se considere que las medidas cautelares resultan excesivas.

vi) Cuando hubiere lugar a ello, demandar la responsabilidad civil y la indemnización de perjuicios de la parte ejecutante, teniendo la carga de demostrar el hecho, el daño, el nexo causal y la responsabilidad subjetiva.

#### **4.4. Entrega anticipada de títulos de depósito judicial**

En el trámite de los procesos de ejecución promovidos en contra de entidades públicas, es común que una vez decretadas las medidas cautelares y puestos a disposición del Despacho competente los títulos de depósito judicial por parte del destinatario de la medida cautelar, se disponga la entrega anticipada de los mismos a la parte demandante o a su apoderado, pese a no haber cobrado ejecutoria la sentencia que desestime las excepciones propuestas y/o ordene seguir adelante con la ejecución, o la providencia que le ponga fin al proceso y ordene dicha entrega material de dineros.

Hay que tener en cuenta que en la ejecución para el pago de una suma líquida de dinero, el cumplimiento forzado de la obligación ocurre en tres momentos: i) cuando se cumple la obligación en el término señalado en el mandamiento de pago (5 días); ii) cuando el ejecutado no propone excepciones oportunamente, en cuyo caso el juez ordena practicar el avalúo y remate de los bienes, o seguir adelante con la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, y iii) en caso de haberse formulado excepciones, si estas no prosperan o prosperan parcialmente, evento en el cual en la sentencia se ordenará seguir adelante la ejecución en la forma que corresponda. (Artículos 440 y subsiguientes del Código General del Proceso).

Por ende, el endoso y entrega de títulos de depósito judicial previo a cualquiera de las tres circunstancias anteriormente descritas dificulta la restitución de los dineros en aquella eventualidad en que sean finalmente desestimadas las pretensiones de la parte ejecutante, debido a las eventuales maniobras de insolvencia de la parte favorecida con la entrega del depósito judicial.

Para prevenir estas prácticas, se emiten los siguientes lineamientos de defensa a las Oficinas Jurídicas de las entidades públicas del orden nacional:

i) La entidad debe ejercer la oposición a la entrega anticipada de los dineros embargados, tanto en sede administrativa como judicial, argumentando la protección de la integridad del patrimonio público y la improbable insolvencia de la entidad.

ii) Con el fin de garantizar que los dineros solo se pondrán a disposición del juzgado o funcionario, cuando cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene, las entidades deben solicitar que se congelen los recursos y sean consignados en una cuenta especial, que genere los mismos rendimientos del producto debitado por parte de la entidad financiera destinataria de la medida, de acuerdo con el parágrafo del artículo 594 del CGP.

iii) Poner en conocimiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, o de la autoridad que haga sus veces, y de la Procuraduría General de la Nación, hechos o posibles prácticas irregulares en el manejo y entrega de los títulos de depósito judicial, con el aparente concurso de funcionarios judiciales, sin perjuicio de presentar la denuncia penal ante las autoridades competentes por la presunta comisión de conductas penales. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el numeral 24 del artículo 34 del Código Disciplinario Único, en materia de deberes de los servidores públicos, so pena de incurrir en falta grave.

#### **4.5. Decreto de mandamiento de pago y medidas cautelares con base en obligaciones que no constituyen título ejecutivo**

De acuerdo con el artículo 422 del CGP, el título ejecutivo es el documento o conjunto de documentos contentivos de una obligación clara, expresa y actualmente exigible. En desarrollo de lo anterior, se requiere la existencia de dos clases de requisitos para la configuración del título ejecutivo: i) los formales y ii) los sustanciales<sup>[16]</sup>.

Los primeros suponen que la obligación conste en documentos que provengan del deudor o de su causante, que constituyan plena prueba contra él, que emanen de una sentencia, o de otra providencia judicial; de las aprobaciones de costas en procesos policivos o de cualquier otro documento señalado en la ley, o bien del interrogatorio de parte como prueba extraprocésal.

Los sustanciales o de fondo del título ejecutivo atañen a que este contenga una prestación en beneficio de una persona, la obligación de una conducta de dar, hacer, o no hacer, a cargo del obligado, y que sea clara, expresa y actualmente exigible<sup>[17]</sup>. En relación con estos ingredientes del título ha expresado el Consejo de Estado:

*“Frente a estas calificaciones, ha señalado la doctrina, que por **expresa** debe entenderse cuando aparece manifiesta de la redacción misma del título. (...) La obligación es **clara** cuando además de expresa aparece determinada en el título; debe ser fácilmente inteligible y entenderse en un solo sentido. (...) La obligación es **exigible** cuando puede demandarse el cumplimiento de la misma por no estar pendiente de un plazo o condición...”* <sup>[18]</sup>. (Las negrillas son del original).

Así también el título ejecutivo puede ser simple o complejo. Es simple cuando consta en un solo documento y complejo el que se integra por varios documentos que tienen vida jurídica propia aunque dependiente, de los cuales resulta una obligación clara, expresa y exigible a cargo del deudor<sup>[19]</sup>. (Por ejemplo documentos contractuales, pólizas de seguros, etc.).

Igualmente, la Corte Constitucional<sup>[20]</sup> ha puesto de presente la existencia de títulos ejecutivos emanados del Estado, derivados de actos administrativos o que se originan en las operaciones contractuales de la administración, los cuales tienen el mismo valor que el crédito reconocido en una sentencia, siempre y cuando los actos administrativos contengan una obligación clara, expresa y actualmente exigible que surja del mismo título.

De acuerdo con lo anterior, cuando en una medida cautelar contra recursos inembargables del Estado o en el mandamiento de pago, se adviertan documentos de cobro fungiendo como título ejecutivo sin cumplir con el lleno de los requisitos formales o que carezcan de mérito ejecutivo o que hayan sido glosados dentro del trámite administrativo de reconocimiento, para el caso de los servicios de salud, se recomienda a los funcionarios de las Oficinas Jurídicas y apoderados de las entidades públicas del orden nacional, deben sujetarse a los siguientes lineamientos:

i) Verificar conforme a las condiciones legales, el contenido y veracidad del documento o conjunto de documentos que fungan como título ejecutivo. Si de la revisión documental se descarta el mérito ejecutivo de los documentos presentados, el apoderado deberá formular el recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo señalando la falta de aptitud o mérito ejecutivo, dado que posteriormente no se admitirá ninguna controversia sobre dichos requisitos que no haya sido planteada a través de este recurso. (Artículo 430 inciso segundo del CGP).

ii) En aquellos procesos de ejecución donde además puedan invocarse alguna o varias de las causales que configuran excepciones previas, es imprescindible alegarlas por vía del recurso de reposición en contra del auto de mandamiento de pago, so pena de que opere la preclusión de la oportunidad procesal, con el agravante de no poder ser tampoco invocadas posteriormente como causales de nulidad cuando a ello hubiere lugar. (Artículo 442 numeral 3 concordante con los artículos 102 y 135 inciso 2o del CGP).

Las siguientes son las excepciones previas y de mérito que se pueden proponer:

-- Inexistencia del título.

-- Pago de la obligación.

-- Inejecutabilidad de la obligación, para aquellos eventos en que no se han cumplido los 10 meses para el pago de una sentencia o conciliación o el cumplimiento de plazos acordados para el cumplimiento de la obligación.

-- Las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título valor y las demás establecidas en el artículo 784 del Código de Comercio.

-- La nulidad absoluta o anulabilidad por incapacidad absoluta o relativa de quien suscribe el título conforme a lo regulado en los artículos 899 y 900 del Código de Comercio. En esta excepción deberá probarse el hecho de que el funcionario de la entidad pública del orden nacional o la sociedad fiduciaria administradora de los recursos públicos no tiene la competencia legal o la debida delegación para suscribir un título ejecutivo que cree una obligación con cargo a los recursos públicos.

-- La falta u omisión de los requisitos del título; suspensión o cancelación judicial, la prescripción o caducidad del título y las demás que tengan por fin desestimar las pretensiones parcial o totalmente.

-- Falta de jurisdicción y competencia y las demás establecidas en el artículo 100 del CGP, que resulten aplicables.

-- Si se trata de un mandamiento ejecutivo y se pretendan discutir los requisitos formales del título ejecutivo, se deberá presentar recurso de reposición contra el mandamiento de pago a efectos de asegurar que el juez defina tales controversias en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante con la ejecución.

iii) En aquellos casos donde el reconocimiento de la obligación está contenido en documentos de cobro, facturas o cuentas de cobro, debe verificarse que se haya agotado el procedimiento administrativo previo y si estos se hubieren glosado, se debe alegar ante el despacho judicial, la falta o inexistencia total o parcial del título ejecutivo, por no reunir los requisitos que le dan aptitud y mérito ejecutivo; por ejemplo, el trámite para la reclamación y cobro por parte de las instituciones prestadoras de salud, de las cuentas por prestación de servicios de salud que deban ser objeto de recobro con cargo a los recursos administrados del Fondo de Solidaridad y Garantía, cuyo procedimiento se encuentra establecido por el Decreto 1281 de 2002 y el Decreto 056 del 14 de enero de 2015.

iv) En los procesos donde se compruebe la ocurrencia de circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales o la seguridad o integridad de los intervinientes, o el acaecimiento de serias deficiencias de gestión o de celeridad del proceso por parte del despacho judicial de conocimiento, se podrá promover la respectiva solicitud de cambio de radicación del proceso.

#### **4.6. Práctica de medidas cautelares en procesos ejecutivos, basados en documentos falsos o adulterados**

En el evento de presentarse prácticas ilícitas que comporten la comisión de una o más conductas punibles, tales como el cobro ejecutivo por vía judicial de facturas por servicios no prestados, o derivadas de contratos de suministro inexistentes; o que hubieren sido enmendadas o adulteradas, etc., o que no se deriven de un contrato o relación laboral legalmente constituidos, entre otras actuaciones hechas al margen de la ley, o bajo la connivencia de funcionarios o personas privadas, que generen la interposición de demandas y el decreto de embargos contra la entidad pública demandada, que hagan inminente la pérdida de recursos públicos; es necesario que los funcionarios o responsables de la Defensa Jurídica pongan dichos hechos en conocimiento inmediato de las autoridades competentes, atendiendo los siguientes lineamientos:

i) Elaborar e interponer las denuncias penales pertinentes acompañando todos los elementos materiales probatorios y evidencia física, que puedan fundar la iniciación y adelantamiento de la acción penal.

ii) Poner en conocimiento de las autoridades que ejerzan la función disciplinaria, cuando se advierta de manera razonable, que funcionarios de la administración o empleados judiciales impiden el normal desarrollo de la defensa técnica de la entidad, con actuaciones tales como: ocultamiento de expedientes, prohibición de consulta, actuaciones procesales sin soporte legal que rechacen los memoriales de la defensa, etc.

iii) Una vez realizados los pagos de sentencias y conciliaciones, adelantar el estudio sobre la procedencia de la acción de repetición y presentar la demanda cuando esta proceda por culpa grave o dolo de servidores públicos, o de personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos; igualmente presentar el informe de los hechos que generaron la pérdida de los dineros públicos ante la Contraloría General de la República, para que se inicie la investigación fiscal correspondiente.

iv) La entidad pública, en su condición de perjudicada por la comisión de la conducta punible, debe obtener, de parte del juez de conocimiento, el reconocimiento como víctima en el proceso penal; solicitar el decreto de medidas cautelares sobre los bienes del imputado o del acusado; pedir las medidas patrimoniales a su favor a que haya lugar, y a que le sea garantizado su derecho a la verdad, la justicia y a la reparación, esta última bien sea a través del incidente de reparación integral o mediante el ejercicio de la acción indemnizatoria civil.

La Directora General,

**ADRIANA GUILLÉN ARANGO.**

\* \* \*

1 Ley 1564 de 2012 publicada en el *Diario Oficial* número 48489 de julio 12 de 2012.

2 Ver Sentencia C-546/92 reiterada entre otras, en las Sentencias C-013 de 1993, C-107 de 1993, C-337 de 1993, C-



103 de 1994 y C-263 de 1994.

3 Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 2003.

4 Corte Constitucional. Sentencia C-546 de 1992 fundadora de la línea jurisprudencial, reiterada en múltiples fallos del mismo tribunal. Al respecto Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-013 de 1993, C-017 de 1993, C-337 de 1993, C-103 de 1994, C-263 de 1994, T-025 de 1995, T-262 de 1997, C-354 de 1997, C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002, C-566 de 2003, C-1064 de 2003 y T-1195 de 2004.

5 Este término al que se refiere la Corte Constitucional corresponde al término de ejecutabilidad de las condenas proferidas contra entidades públicas contenido en su momento en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. Por ende, con la expedición de la Ley 1437 de 2011 dicho plazo legal ha sido reducido a 5 días, en aquellos eventos en los cuales la contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias (artículo 195 CPACA); o de máximo 10 meses, en los demás casos (artículo 192 inciso segundo del CPACA).

6 Reiterada entre otras en las siguientes Sentencias C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002 y C-192 de 2005.

7 Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ha de entender que las normas vigentes sobre el cumplimiento y la ejecución de sentencias corresponden en su orden, a los artículos 192 (30 días desde la comunicación de la sentencia), y 192 y 195 (10 meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia o 10 días desde la firmeza de la sentencia o conciliación, si la contingencia litigiosa fue provisionada en el Fondo de Contingencias).

8 Corte Constitucional. Sentencias C-103 de 1994 y T-639 de 1996.

9 Al respecto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió la Circular Externa número 002 del 16 de enero de 2015 relativa a la expedición de certificados de inembargabilidad.

10 Ley 1769 de 2015, artículo 37.

11 Ley 1564 de 2012 publicada en el *Diario Oficial* 48489 de julio 12 de 2012.

12 “**Artículo 594. Bienes inembargables.** Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar: (...).

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

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

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

13 Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 099 del 27 de noviembre de 1998. G. J. Tomo CCLV, número 2494, segundo semestre de 1998, páginas 1067 a 1082. Expediente número 4909, reiterada en la sentencia de la Sala de Casación Civil. Exp. 2002-0220-01, de fecha veintitrés (23) de mayo de dos mil dos (2002).

14 Artículos 602 a 604 del Código General del Proceso.

15 Artículo 600 ibídem.

16 Corte Constitucional. Sentencia T-747 de 2013.

17 Ibídem.

18 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número 16868 del cinco (5) de octubre de 2000. C. P. María Elena Giraldo Gómez.

19 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00898-01(14250), del treinta y uno (31) de marzo de 2005. C. P. Héctor J. Romero Díaz.

20 Corte Constitucional. Sentencia C-354 de 1997.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Normograma del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA  
n.d.  
Última actualización: 30 de agosto de 2024 - (Diario Oficial No. 52.847 - 13 de agosto de 2024)

