



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Auto Interlocutorio No. 338

MAGISTRADO PONENTE: OMAR E. BORJA SOTO

Magistrado Ponente:	OMAR EDGAR BORJA SOTO
Medio de Control	Ejecutivo
Ref. Proceso	76001-33-33-008-2021-00223-01
Demandante	CONSUELO GARCÍA BURITICÁ chingualasociados@hotmail.com
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO notjudicial@fiduprevisora.com.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co t_eblanchar@fiduprevi-sora.com.co
Asunto:	APELACIÓN DE AUTO QUE DECRETÓ MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO – REVOCA, POSTERGA MEDIDA PARA LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO.

I. ANTECEDENTES.

En el proceso de la referencia, fue presentada demanda ejecutiva con ocasión de la sentencia No. 081 del 25 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cali, pretendiéndose el pago de intereses moratorios por capital adeudado en un valor de \$6.224.225 pesos. Fue solicitada medida cautelar en los mismos términos.

El a quo profirió auto librando mandamiento de pago de la siguiente forma:

“PRIMERO: LIBRAR mandamiento ejecutivo de pago, a cargo dela NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL en representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a favor de la señora CONSUELO GARCÍA BURITICÁ, por lo siguiente:

-por concepto de **intereses moratorios** a partir del 6 de febrero de 2020, por la suma que resulte probada, conforme a la normativa vigente al momento en que fue proferido el título base del recaudo hasta la fecha en que se haga exigible el pago.

SEGUNDO: Téngase en cuenta (sic) los pagos y/ abonos efectuados por la entidad ejecutada a la obligación, si existieren. La parte ejecutada deberá verificar los valores presentados por la parte ejecutante, y radicar, si a bien lo tiene, las objeciones a la misma, so pena de quedar en firme.”

En cuanto a la **medida cautelar**, con providencia del 10 de diciembre de 2021 accedió a la petición considerando:

“De lo expuesto se puede concluir que siendo la inembargabilidad de los recursos de la seguridad social la regla general, ésta encuentra su excepción precisamente en el evento en que se pretenda garantizar el pago efectivo y oportuno de un derecho debidamente reconocido por esta jurisdicción.

En sentencia C-566 de 2003, el Alto Tribunal Constitucional insiste en que el principio de inembargabilidad, no es absoluto y se señala:

“La Corte señaló que dicho principio de inembargabilidad es aplicable solamente en el entendido que cuando se trate de sentencias judiciales los funcionarios competentes deben adoptar las medidas conducentes al pago de las mismas dentro de los plazos establecidos en las leyes, siendo posible la ejecución diez y ocho meses después de la ejecutoria de la respectiva sentencia. Así mismo que no existe justificación objetiva y razonable para que únicamente se puedan satisfacer los títulos que constan en una sentencia y no los demás que provienen del Estado deudor y que configuran una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Por lo que los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la ley y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos-y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos.”

Para reafirmar las excepciones consagradas para el operador jurídico y que debe aplicar al momento de resolver el caso concreto, reflexiona la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 2013, lo siguiente: “Sin embargo, contempló excepciones a la regla general para armonizar el principio de inembargabilidad de recursos públicos con otros principios, valores y derechos constitucionales, entre los que se encuentran, la dignidad humana, la vigencia de un orden justo y el derecho al trabajo. Éstas son: (i) Satisfacción de créditos u obligaciones de origen laboral con el fin de hacer efectivo el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. (ii) Pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y la realización de los derechos en ellas contenidos. (iii) Títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible. (...)”

(...) En este orden de ideas, comoquiera que el proceso ejecutivo se adelanta contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO administrado por FIDUPREVISORA S.A, versando sobre el reconocimiento y pago por una sanción moratoria a favor de la señora CONSUELO GARCÍA BURITICÁ, al encontrarse exceptuado a la regla de inembargabilidad y haberse superado ampliamente el término para que la entidad ejecutada dé cumplimiento total al fallo, se limitará la medida de embargo y retención de dineros al valor de \$12.000.000. Suma estimada para cubrir el pago de una sanción moratoria, de acuerdo con lo que encuentre probado el juzgado. (Art. 593 numeral 10, del C.G.P).

Se tiene de presente que se ordenará la medida de embargo de dineros respecto a los dineros que posea el FOMAG, administrado por FIDUPREVISORA, en razón a que, dicho contrato de fiducia es de carácter mercantil y por lo tanto, susceptible de embargo.

No sin antes advertir que el juez podrá sustituir o modificar dichas sumas de acuerdo con lo que resulte probado en el expediente. Estará a cargo de la entidad ejecutada desvirtuar o no el pago por concepto de capital e intereses generados.

En firme esta decisión, se librará oficio de manera ordenada, a fin de evitar la multiplicidad de embargos y retención de dineros, evitando un colapso económico para la entidad ejecutada.”

Por tanto, resolvió:

“PRIMERO: DECRETASE EL EMBARGO Y RETENCIÓN de las sumas de dinero que tenga o llegare a tener LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, administrado por FIDUPREVISORA Nit 860525148-5, en el BANCO DE OCCIDENTE, AV VILLAS, BOGOTÁ, DAVIVIENDA, SOCTIABANK, COLPATRIA, CAJA SOCIAL, ITAÚ y SUDAMERIS, por ser un asunto exceptuado a la regla de inembargabilidad al derivarse de un crédito reconocido mediante sentencia, (...)

SEGUNDO: Oficiase a los respectivos Gerentes de las entidades Bancarias señaladas en el numeral 1º, para que tomen nota de la anterior medida, en primer lugar, al BANCO DE OCCIDENTE y así sucesivamente, de lo cual darán cuenta dentro de los tres (3) días siguientes a este Despacho, so pena de incurrir en las sanciones establecidas en la Ley. El oficio respectivo deberá ser tramitado por el apoderado judicial de la parte interesada. **Se advierte a la entidad financiera que, en ningún caso se podrá tramitar embargo sobre cuentas de recursos destinados al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la entidad, de conformidad con la Circular No. 014 del 8 de junio de 2018, expedida por la Procuraduría General de la Nación.** (subraya y negrilla de texto original)

TERCERO: Determínese el embargo a la suma de DOCE MILLONES DE PESOS(\$12.000.000m/cte). (Art. 593numeral 10, del C.G.P).Sin perjuicio que la suma aquí dispuesta pueda ser limitada a lo que resulte probado. Notifíquese el embargo decretado en la forma prevista en el artículo 298del C.G.P.”

Posteriormente, el a quo con Auto No. 038 del 21 de enero de 2022 sobre las condiciones del embargo precisó:

“Ahora bien, teniendo en cuenta que lo que pretende la parte ejecutante es el pago total del crédito derivado de una sanción moratoria reconocida mediante sentencia proferida por este juzgado, cabe resaltar que no tiene la condición de crédito de origen laboral. (negrilla y subraya texto original)

(...) En este orden de ideas, en procura de acatar el deber del juez de indicar sobre cuáles recursos procede la medida de embargo decretado, se indicará que solo puede afectar recursos pertenecientes a la entidad, que sean distintos a los del Sistema General de Participaciones, por cuanto, la naturaleza de la acreencia no es de origen laboral.

En consecuencia, el Juzgado,

RESUELVE:

PRIMERO: REITERAR que el embargo decretado en el proceso de la referencia, solo puede afectar recursos pertenecientes a la entidad, que **sean distintos a los del Sistema General de Participaciones**, por cuanto, la naturaleza de la acreencia no es de origen laboral.”

Inconforme la parte actora con la decisión del juzgado, indicó que el auto de enero de 2022 modificó la medida cautelar decretada inicialmente basado el juzgador en la naturaleza jurídica de las cesantías, sin tener en cuenta que si son de naturaleza laboral toda vez que desde el punto de vista material, las cesantías son la obligación principal, cuya naturaleza es laboral, luego entonces las obligaciones accesorias que surgen de aquellas corren la misma suerte, al originarse ante la falta de cumplimiento del deber del empleador de pagar las cesantías.

Añadió que, desde el punto de vista procesal, el pago de la sanción moratoria se tramita por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que es de carácter

laboral, más no tributario ni de otra índole y, por tanto, el proceso ejecutivo a continuación no pierde su esencia.

A su turno, **la entidad demandada FOMAG solicitó el levantamiento de la medida cautelar** decretada argumentando el principio de inembargabilidad de los recursos, indicando que los dineros de los que se pretende el secuestro hacen parte del Presupuesto General de la Nación lo que iría en contravía del artículo 594 del CGP, precisando que la norma establece claramente cuáles son los bienes inembargables.

Añadió que de conformidad con la Ley 91 de 1989, los recursos del FOMAG tienen destinación específica, dentro de cuyos objetivos está el pago de prestaciones sociales del personal afiliado y su manejo es previsto a través de contrato de fiducia.

II. CONSIDERACIÓN PREVIA.

Según se advierte en constancia secretarial del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cali, el Auto No. 038 del 21 de enero de 2022 mediante el cual se precisaron las condiciones del embargo decretado, fue notificado por estado el 25 de enero de 2022.

Los días 27 y 28 de enero de 2022 no corrieron términos debido al cierre extraordinario del juzgado, en razón al cambio de secretario, razón por la que se indicó que, el término de **ejecutoria corrió entre el 1 y 3 de febrero de 2022.**

También se anotó que dentro del término legal -28 de enero de 2022- el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación¹.

Posteriormente, con Auto No. 115 del 01 de marzo de 2022, el a quo concedió el recurso de apelación, sin especificar a quien se refería como recurrente, no obstante, la providencia fue escrita en forma singular, como si la inconformidad radicara en cabeza de solo una de las dos partes del proceso².

¹<https://etbcsj.sharepoint.com/teams/REPARTOSEGUNDAINSTANCIATRIBUNALADMINISTRATIVODELVALLEDELCAUC/EXPEDIENTES%20REPARTO%20PROCESOS%20DE%20SEGUNDA%20INSTANCIA/Forms/AllItems.aspx?ct=1660151668512&or=OWA%2DNT&cid=dd4a9029%2D5f48%2Df1c9%2D2bf6%2Dba04538cc9fc&ga=1&id=%2Fteams%2FREPARTOSEGUNDAINSTANCIATRIBUNALADMINISTRATIVODELVALLEDELCAUC%2FEXPEDIENTES%20REPARTO%20PROCESOS%20DE%20SEGUNDA%20INSTANCIA%2F76001%2D33%2D33%2D008%2D2021%2D00223%2D01%2F01PrimeraInstancia%2FC01Principal%2F22ConstanciaApelacionAuto%2Epdf&parent=%2Fteams%2FREPARTOSEGUNDAINSTANCIATRIBUNALADMINISTRATIVODELVALLEDELCAUC%2FEXPEDIENTES%20REPARTO%20PROCESOS%20DE%20SEGUNDA%20INSTANCIA%2F76001%2D33%2D33%2D008%2D2021%2D00223%2D01%2F01PrimeraInstancia%2FC01Principal>

²<https://etbcsj.sharepoint.com/teams/REPARTOSEGUNDAINSTANCIATRIBUNALADMINISTRATIVODELVALLEDELCAUC/EXPEDIENTES%20REPARTO%20PROCESOS%20DE%20SEGUNDA%20INSTANCIA/Forms/AllItems.aspx?ct=1660151668512&or=OWA%2DNT&cid=dd4a9029%2D5f48%2Df1c9%2D2bf6%2Dba04538cc9fc&ga=1&id=%2Fteams%2FREPARTOSEGUNDAINSTANCIATRIBUNALADMINISTRATIVODELVALLEDELCAUC%2FEXPEDIENTES%20REPARTO%20PROCESOS%20DE%20SEGUNDA%20INSTANCIA%2F76001%2D33%2D33%2D008%2D2021%2D00223%2D01%2F01PrimeraInstancia%2FC01Principal>

Así las cosas, atendiendo que **también la parte demandada FOMAG suscribió memorial en oposición a la medida cautelar**, solicitando expresamente el levantamiento del embargo, siendo radicado el escrito el 02 de febrero de 2022, es decir, dentro del término de ejecutoria de la providencia; esta instancia en aras de salvaguardar el principio de la doble instancia, la realidad sobre las formas y el derecho al debido proceso, **tendrá por presentado el recurso de apelación por ambos extremos** de la litis, a pesar de que en la constancia secretarial solo se señalara al demandante como recurrente y de que, en el auto que concediera el recurso no se especificara el proponente.

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con el literal h) del numeral 2° del artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a las salas, secciones y subsecciones, dictar entre otras providencias, la que resuelva “la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar.”

2. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO EJECUTIVO Y LAS EXCEPCIONES A LA INEMBARGABILIDAD.

La doctrina³, en general, cree encontrar en las medidas cautelares un claro desarrollo del principio de igualdad o equilibrio procesal; con visión más restringida, hay sin embargo, quienes hablan de que tienen por objeto asegurar la ejecución del fallo correspondiente, y, otros, del ejercicio de un derecho de supremacía que corresponde al Estado. Estas opiniones están orientadas por un enfoque común; las medidas cautelares evitan los efectos nocivos del excesivo tiempo que se utiliza en las tramitaciones de los procesos, por cuanto, como lo explicó Redenti⁴ *de poco servirían las decisiones judiciales “si entre tanto.... se han escapado los bueyes”*.

[ms/AllItems.aspx?ct=1660151668512&or=OWA%2DNT&cid=dd4a9029%2D5f48%2Df1c9%2D2bf6%2Dba04538cc9fc&ga=1&id=%2Fteams%2FREPARTOSEGUNDAINSTANCIATRIBUNALADMINISTRATIVODELVALEDELCAUC%2FEXPEDIENTES%20REPARTO%20PROCESOS%20DE%20SEGUNDA%20INSTANCIA%2F76001%2D33%2D33%2D008%2D2021%2D00223%2D01%2F01PrimeraInstancia%2FC01Principal%2F26AutoConcedeApelacionContraAutoDecretaMedida%2Epdf&parent=%2Fteams%2FREPARTOSEGUNDAINSTANCIATRIBUNALADMINISTRATIVODELVALEDELCAUC%2FEXPEDIENTES%20REPARTO%20PROCESOS%20DE%20SEGUNDA%20INSTANCIA%2F76001%2D33%2D33%2D008%2D2021%2D00223%2D01%2F01PrimeraInstancia%2FC01Principal](https://www.tribunaladministrativodelvalle.gov.co/AllItems.aspx?ct=1660151668512&or=OWA%2DNT&cid=dd4a9029%2D5f48%2Df1c9%2D2bf6%2Dba04538cc9fc&ga=1&id=%2Fteams%2FREPARTOSEGUNDAINSTANCIATRIBUNALADMINISTRATIVODELVALEDELCAUC%2FEXPEDIENTES%20REPARTO%20PROCESOS%20DE%20SEGUNDA%20INSTANCIA%2F76001%2D33%2D33%2D008%2D2021%2D00223%2D01%2F01PrimeraInstancia%2FC01Principal%2F26AutoConcedeApelacionContraAutoDecretaMedida%2Epdf&parent=%2Fteams%2FREPARTOSEGUNDAINSTANCIATRIBUNALADMINISTRATIVODELVALEDELCAUC%2FEXPEDIENTES%20REPARTO%20PROCESOS%20DE%20SEGUNDA%20INSTANCIA%2F76001%2D33%2D33%2D008%2D2021%2D00223%2D01%2F01PrimeraInstancia%2FC01Principal)

³ LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, “CODIGO GENERAL DEL PROCESO PARTE ESPECIAL”, Segunda Edición, Bogotá – 2018, pag. 751-753.

⁴ REDENTI Enrico, Derecho Procesal Civil, t II, Buenos Aires, EJE, Pag. 243.

Para Carnelutti⁵ su fin es evitar “[A]quellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que puedan derivar de la duración del proceso”. Opinión que sigue Fassi⁶ al decir que *“todas las medidas cautelares se hallan supeditadas y encuentran justificación en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio”*.

Respecto a las medidas cautelares en los procesos ejecutivos, el Código General del Proceso, establece que desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes del ejecutado.

Los **artículos 593⁷ y 599⁸ del CGP**, establecen lo pertinente a las medidas de embargo y secuestro y su respectivo procedimiento.

De los precitados dispositivos normativos se establece que, para realizar embargos de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, se comunicará a la correspondiente entidad como lo dispone el inciso primero del numeral 4⁹, debiéndose señalar la cuantía máxima de la medida, que no podrá exceder del valor del crédito y las costas más un cincuenta por ciento (50%) y que aquellos deberán constituir certificado del depósito y ponerlo a disposición del juez dentro de los tres (03) días

⁵ CARNELUTTI Francesco, Derecho y Proceso, Buenos Aires, EJE, 1971, pag. 415

⁶ FASSI Santiago, Código Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1971, pág. 329.

⁷ Artículo 593: 4

(...)

Para efectuar embargos se procederá así:..

4. El de un crédito u otro derecho semejante se perfeccionará con la notificación al deudor mediante entrega del correspondiente oficio, en el que se le prevendrá que para hacer el pago deberá constituir certificado de depósito a órdenes del juzgado. Si el deudor se negare a firmar el recibo del oficio, lo hará por él cualquiera persona que presencie el hecho.

Al recibir el deudor la notificación deberá informar 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 de aquella, so pena de responder por el correspondiente pago, de todo lo cual se le prevendrá en el oficio de embargo.

La notificación al deudor interrumpe el término para la prescripción del crédito, y si aquel no lo paga 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 las copias que solicite para que inicie el proceso...

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

⁸ Artículo 599. Embargo y secuestro. El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad...

En los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepciones de mérito o el tercer afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante prestar caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so pena de levantamiento. La caución deberá prestarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto que la ordene. Contra la providencia anterior, no procede recurso de apelación. Para establecer el monto de la caución, el juez deberá tener en cuenta la clase de bienes sobre los que recae la medida cautelar practicada y la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito.

La caución a que se refiere el artículo anterior, no procede cuando el ejecutante sea una entidad financiera o vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o una entidad de derecho público

⁹ *“El de un crédito u otro derecho semejante se perfeccionará con la notificación al deudor mediante entrega del correspondiente oficio, en el que se le prevendrá que para hacer el pago deberá constituir certificado de depósito a órdenes del juzgado. Si el deudor se negare a firmar el recibo del oficio, lo hará por él cualquiera persona que presencie el hecho”*.

siguientes al recibo de la comunicación; con la recepción del oficio queda consumado el embargo.

Por otra parte, se debe de recordar que la figura de la medida cautelar en nuestro ordenamiento jurídico se erige como el mecanismo procesal cuya finalidad no es otra que brindar protección de manera anticipada al actor, para que durante el tiempo que tome el juzgador en dar a luz la providencia del caso sometido a su juicio se salvable el sentido del mismo y no sea un fallo ineficaz.

Lo anterior, atendiendo el principio de ponderación *“estrictu sensu o mandato (...) que impone, por tanto, que los costos y beneficios que se deriven de la adopción de las decisión guarden equilibrio razonable (...) cuyo propósito no es otro que establecer si la decisión o actividad que se somete a dicho tamiz, respecta, o no, la denominada “ley de la ponderación (...)”*^[10]

En todo caso, *“la imposición de la medida de cautela debe conducir al juez a la ponderación de intereses públicos y privados a partir de las reglas del **fumus boni iuris** y **periculum in mora**. La medida no puede ofender al interés público.*^{11”}

Así pues, para la procedencia de la medida debe advertirse el *fumus bonis iuris*, entendido como el aspecto del buen derecho en relación con la prosperidad de la demanda y el *periculum in mora*, bajo el entendido demostrar el acaecimiento de un perjuicio por no decretarse de manera anticipada la medida¹².

No obstante, se debe agregar que en tratándose de recursos públicos, en principio dichos rubros son de naturaleza inembargable, sin embargo, en aras de dar eficacia a la naturaleza de las medidas de cautela, jurisprudencialmente se han establecido

10 Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Contraloría General de la República y Consejo de Estado. Página 348.

11 Memorias. Seminario Franco – Colombiano. Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Misión de Cooperación Técnica en Colombia. Bogotá 7-11 de julio de 2008. Página 155

12 **“El Fumus Bonis iuris – o apariencia de buen derecho-** supedita la procedencia de la medida cautelar al resultado de un examen anticipado, provisional y sumario, de las perspectivas de éxito de la demanda.” **El Periculum in mora – o urgencia-** es el requisito que obliga al juez a apreciar en qué casos, de no otorgarse el amparo cautelar, la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda, por manera que el Tribunal debe examinar “la necesidad que exista en pronunciarse provisionalmente a fin de evitar que se ocasione a la parte que solicita la medida provisional un perjuicio grave e irreparable.” Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Consejo de Estado y Contraloría General de la República. Página 335.

excepciones a la regla. Así pues, el Consejo de Estado con apego a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, sintetizó¹³:

“Así las cosas, resalta el Despacho que la excepción a la inembargabilidad de los recursos públicos se presenta cuando lo que se reclama tiene que ver con *i)* la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas¹⁴, *ii)* el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias¹⁵ y *iii)* la ejecución de una obligación clara, expresa y exigible contenida en un título emanado del Estado.

En este punto, debe precisarse que **estas excepciones mantienen vigente "la regla general de la inembargabilidad de recursos del Presupuesto General de la Nación."** Además, en el caso de la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos emanados de la administración, la posibilidad de embargo exige que se haya agotado, sin éxito, el plazo previsto en el Código Contencioso Administrativo¹⁶ para el cumplimiento de las obligaciones del Estado".

Como lo advirtió la entidad apelante en el recurso, a pesar de la existencia de un precedente judicial consolidado frente al reconocimiento de tres excepciones a la inembargabilidad de los recursos públicos, con la expedición de la Ley 1437 de 2011 se introdujo nuevamente en el ordenamiento jurídico una disposición rígida sobre el carácter inembargable de dichos recursos, así:

Artículo 195. Trámite para el pago de condenas o conciliaciones. El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:
(...)

Parágrafo 2o. El monto asignado para sentencias y conciliaciones no se puede trasladar a otros rubros, y en todo caso serán inembargables, así como los recursos del Fondo de Contingencias. La orden de embargo de estos recursos será falta disciplinaria.

Por su parte, el artículo 594 de la Ley 1564 de 2012, volvió a consagrar legalmente la inembargabilidad de los recursos incorporados en el presupuesto nacional, así:

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

*1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el **Presupuesto General de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.***

(...)

4. Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. C.P: MARÍA ADRIANA MARÍN. Catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019). Radicación: 20001-23-31-004-2009-00065-01 (59802).

¹⁴ Criterio establecido en la sentencia C-546 de 1992 y reiterado en las 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.

¹⁵ Excepción desarrollada primigeniamente en la sentencia C-354 de 1997 y reiterada en las sentencias C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002 y C-192 de 2005.

¹⁶ Inicialmente el artículo 177 inciso cuarto del CCA -concordante con el artículo 336 del CPC- señalaba que dicho término era de 18 meses. Sin embargo, con la expedición del CPACA, se estableció, conforme a lo señalado en su artículo 192 inciso segundo -concordante con el artículo 307 del CGP-, que el plazo para el pago de las condenas es de 10 meses, lo cual implica que una vez que transcurrido este nuevo término sin que la entidad haya cancelado la deuda, el acreedor podrá promover el respectivo proceso ejecutivo para perseguir el pago de su acreencia.

Como puede verse, estas disposiciones son materialmente semejantes a los artículos 16 de la Ley 38 de 1989, 1° del Decreto 2282 de 1989 y 19 del Decreto 111 de 1996, sobre las que la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada en las sentencias C-546 de 1992, C-103 de 1994 y C-354 de 1997, respectivamente, en los términos señalados en párrafos precedentes.

El Despacho resalta que, por tratarse de disposiciones con un contenido normativo semejante al que ya fue analizado por la Corte Constitucional en las providencias que consolidaron el precedente que establece excepciones a la inembargabilidad de los recursos públicos, dicho criterio jurisprudencial se mantiene incólume y condiciona la interpretación constitucional adecuada de los nuevos preceptos legales, en el sentido de **reconocer la regla general de inembargabilidad de los recursos públicos, pero aceptando que hay tres excepciones relativas a la ejecución de créditos de carácter laboral, o de obligaciones contenidas en sentencias o títulos ejecutivos emanados del Estado**, las cuales permiten el embargo excepcional de dichos recursos, siempre que la obligación ejecutada se encuadre en alguna de ellas y que, en el caso de **embargo de recursos que tienen destinación específica, se haya constatado que con el embargo de otros recursos de la entidad deudora no se logre cubrir la totalidad de la acreencia**.

Esta postura también fue sostenida por esta Corporación en auto del 8 de mayo de 2014¹⁷, en la que se señaló:

En síntesis, la regla general es la inembargabilidad de las rentas y recursos del Estado, salvo que se trate de créditos laborales, el pago de sentencias y demás obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles a cargo del Estado, para lo cual debe acudirse al procedimiento señalado en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo o en los artículos 192, 194, 195 y 297 a 299 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según sea el caso.

Ahora bien, tratándose de recursos provenientes del SGP, éstos también son inembargables con la única excepción respecto de las obligaciones de naturaleza laboral.

De modo que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han aclarado que el principio de inembargabilidad de los recursos de las entidades incluyendo aquellos del Presupuesto General de la Nación no es absoluto, fijándose excepciones a la regla en aras de que prevalezca el interés general en armonía con el respeto a la efectividad de los derechos individuales.

Por tanto, se han establecido **tres excepciones** consistentes en i) la necesidad de satisfacer obligaciones de origen laboral; ii) el pago de sentencias judiciales una vez nace su exigibilidad; y iii) el cobro de títulos emanados del Estado que contengan una obligación clara, expresa y exigible.

Lo anterior precisándose que el embargo de recursos del Presupuesto General de la Nación procede únicamente cuando no sea posible mediante otros recursos de la entidad cubrir la totalidad de la acreencia y que, en todo caso, los recursos del Sistema

¹⁷ Esta providencia fue proferida por la Sección Cuarta, dentro del proceso con radicado 19717, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

General de Participaciones solo pueden afectarse para obligaciones de naturaleza laboral.

3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

En el caso sometido a consideración, se halla que la parte ejecutante solicitó medida cautelar por el valor de lo que a su juicio corresponde a los intereses moratorios por el no pago de la sanción moratoria reconocida mediante sentencia judicial, equivalente a \$6.224.225 pesos.

El a quo avaló la solicitud de cautela sobre los dineros de la entidad al considerar que la situación del ejecutante se encontraba inmersa en las excepciones contempladas en la jurisprudencia para la embargabilidad de los recursos públicos, por tanto, libró embargo por la suma de \$12.000.000 de pesos; no obstante, en auto posterior, rectificó que el embargo recaía únicamente sobre los recursos pertenecientes a la entidad, distintos a los del Sistema General de Participaciones, por cuanto, la naturaleza de la acreencia no era de origen laboral.

Inconforme la parte ejecutante señaló que la sanción moratoria si era de naturaleza laboral por cuanto es la consecuencia por el no pago oportuno de las cesantías, siguiendo lo accesorio la suerte de lo principal.

A su turno, la entidad enjuiciada FOMAG, solicitó levantamiento de la medida indicando la imposibilidad de embargo de recursos de la entidad por su naturaleza pública.

Así las cosas, encuentra el Despacho con apego a la normativa y jurisprudencia anotada que si bien de la lectura llana de los artículos 594 del CGP y 194 del CPACA pareciera recaer una imposibilidad sobre los recursos públicos, lo cierto es que, en aras de armonizarse el interés general junto con la garantía de los derechos individuales se han establecido tres (3) excepciones a la regla, permitiendo el embargo de los dineros públicos cuando i) se trata de acreencias laborales; ii) para el pago de sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas y exigibles; y iii) respecto de títulos emanados del Estado con obligaciones claras, expresas y exigibles.

En consecuencia, en el sublite es claro que los dineros pretendidos provienen de la sentencia judicial No. 081 del 25 de mayo de 2018, que quedó ejecutoriada el 13 de junio de 2018, luego entonces, al momento de radicación de la demanda -27 de julio de 2021- gozaba de plena exigibilidad, circunstancias que nos sitúan en la segunda excepción de embargabilidad de dineros públicos, por lo que es ajustado a derecho concluir la procedencia del embargo.

Ahora, atendiendo que las entidades manejan dineros de distintos orígenes y para diversas finalidades, es importante concluir que, i) para el pago de sentencias judiciales o conciliaciones pueden embargarse las cuentas corrientes y de ahorros abiertas por las entidades públicas aun cuando reciban recursos del Presupuesto General de la Nación¹⁸; ii) pero solo será posible el embargo de cuentas con recursos del Sistema General de Participaciones respecto de las obligaciones de naturaleza laboral y además, siempre y cuando se haya verificado que con los recursos de libre destinación de la entidad no sea posible cubrir el monto de la acreencia.

Así pues, descendiendo nuevamente al sublite es claro que nos encontramos ante una circunstancia de excepcionalidad al embargo, pudiendo decretarse la medida sobre las cuentas del FOMAG que incluyan recursos del Presupuesto General de la Nación, más no del Sistema General de Participaciones por su destinación específica, como bien lo anotó el a quo, precisándose que le asiste razón al operador judicial al afirmar que la sanción moratoria no es una acreencia de naturaleza laboral, habida cuenta que su carácter es sancionatorio o penalizador, pudiendo ser un derecho renunciable¹⁹.

Al respecto el Consejo de Estado sobre el particular en caso similar al debatido, preciso:

“...el juez contencioso, al proferir nuevo proveído, debe tener en cuenta que la naturaleza jurídica de la obligación que está siendo ejecutada al interior del proceso ejecutivo No. 27001-33-33-002-2017-00164-00 no obedece a una acreencia laboral, toda vez que la sanción moratoria, contenida en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, no tiene esta connotación.

(...) De acuerdo con lo anterior, la autoridad judicial debe analizar sobre cuáles recursos de la entidad accionada procede la medida de embargo y sobre cuáles resulta improcedente la aplicación de tal mecanismo. Empero, el funcionario judicial no puede desconocer que al accionante le asiste el derecho, en virtud de las excepciones al principio de

¹⁸ Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección B M.P. Alberto Montaña Plata, 28 de abril de 2021 Radicación: 47001-23-33-000-2019-00069-01 (66.376) “...pueden ser embargables: las cuentas corrientes y de ahorros abiertas por las entidades públicas cuando reciban recursos del Presupuesto General de la Nación **y se trate del cobro ejecutivo de sentencias** judiciales o conciliaciones.”

¹⁹ Consejo de Estado. Sentencia de unificación 00580 de 2018. Sección Segunda. Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 18 de julio de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) “182 ... la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación...”

inembargabilidad, de hacer uso de las medidas cautelares para garantizar el pago de la obligación mencionada, siempre y cuando estos recursos no hagan parte del Sistema General de Participaciones.

De manera que, la orden de embargo puede afectar recursos pertenecientes a la entidad territorial, que sean distintos a los del Sistema General de Participaciones, por cuanto, la naturaleza de la acreencia no es de origen laboral.”²⁰

De suerte que, es claro que le asiste razón al a quo en su disertación al momento de rectificar el auto de la medida cautelar precisando la imposibilidad de recaer el embargo sobre dineros provenientes del Sistema General de Participaciones, por lo que **en principio habría de confirmarse la providencia**, sin embargo, atendiendo que el decreto de las medidas cautelares deben acompasarse con los principios del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, se modificará la providencia apelada, como pasa a explicarse.

En el presente caso, no existe duda del cumplimiento del *fumus bonis iuris*, o apariencia del buen derecho, por cuanto los dineros que se pretenden ejecutar no tienen discusión alguna sobre la legalidad y legitimidad por cuanto el título ejecutivo lo compone una sentencia judicial, la cual a la fecha está plenamente ejecutoriada y goza de exigibilidad.

Sin embargo, y a pesar de que estamos frente una de las excepciones de inembargabilidad de los recursos públicos, lo cierto es que, atendiendo el estadio temprano en el que nos encontramos en el proceso ejecutivo, se advierte que **la orden de medida cautelar puede ser postergada hasta el momento de la ejecutoria de la liquidación del crédito** cuando se tenga plena certeza de las sumas de dinero que efectivamente deban ser embargadas, toda vez que en dicho momento procesal, ante la renuencia de la entidad al pago de lo adeudado – *de ser el caso*- se puede asegurar mediante el embargo, el pago para el cumplimiento del título ejecutivo.

Lo anterior fundado en que, de librarse la orden de embargo en este momento, **dichos dineros no pasaran al ejecutado**, luego entonces la retención de aquellos desde el mandamiento de pago **carece de efecto útil**, sumado a que, no existe riesgo alguno para el ejecutante en la pérdida de dineros para el pago de su sentencia judicial en tratándose del extremo pasivo en una entidad del Estado, por lo que **no se encuentra acreditado el periculum in mora**, sumado que, el hecho de que se postergue la medida hasta tener una certeza sobre la cifra a embargar, no hará en modo alguno nugatorios

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01287-01(AC)

los efectos del proceso ejecutivo y por el contrario, se retendrá efectivamente la cifra que le corresponda al ejecutante.

En consecuencia, se;

R E S U E L V E

MODIFICAR el auto No. 038 del 21 de enero de 2022, bajo el entendido de **POSTERGAR LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR** requerida por la parte ejecutante hasta la ejecutoria de la liquidación del crédito, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

Los Magistrados,

(Firmado electrónicamente)

ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA

(Firmado electrónicamente)

EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS

(Firmado electrónicamente)

OMAR EDGAR BORJA SOTO