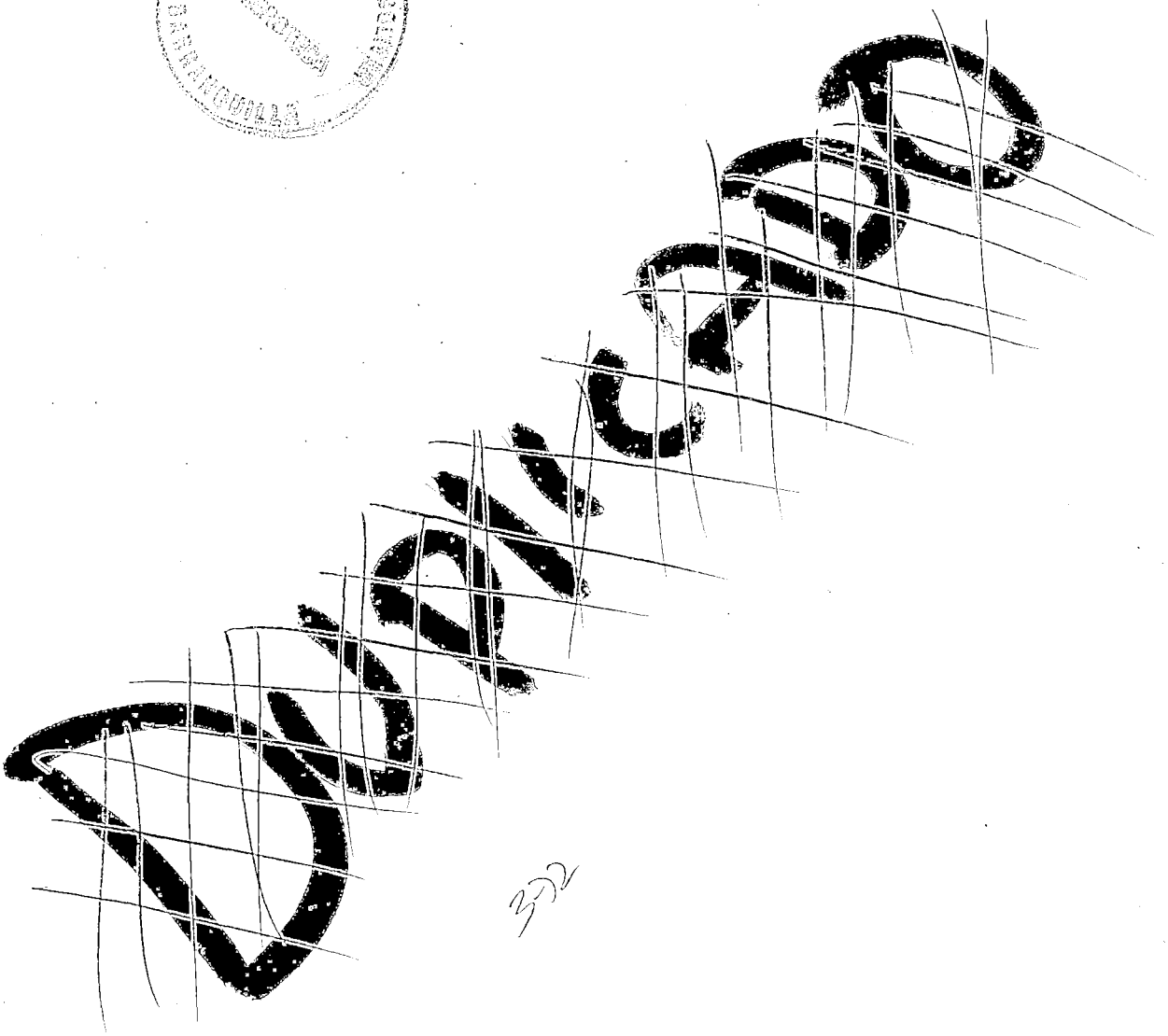
REGLAMENTACION DEL PROCESO EJECUTIVO

CRISTINA ELENA MITCHELL HUNTER
BLANCA FLOR VIDAL RODRIGUEZ

BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
1991

DE 03560



REGLAMENTACION DEL PROCESO EJECUTIVO

CRISTINA ELENA MITCHELL HUNTER
BLANCA FLOR VIDAL RODRIGUEZ

Trabajo de grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de ABOGADO

ASESOR: DR. BLAS GONZALEZ

BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
1991

Barranquilla, octubre 1991

Doctor
CARLOS LLANOS
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
Ciudad

Apreciado doctor:

Por medio del presente escrito me permito rendir favorable al trabajo de tesis realizado por las alumnas CRISTINA ELE NA MITCHELL HUNTER y BLANCA FLOR VIDAL RODRIGUEZ y denominado "REGLAMENTACION DEL PROCESO EJECUTIVO", por reunir los requisitos establecidos por estatutos de nuestra Universidad de manera concreta por la Facultad de Derecho.

Agradeciéndole de antemano la designación para tan interesante tema, me suscribo de usted.

Cordialmente,

BLAS GONZALEZ SANCHEZ
Director de Tesis

NOTA DE ACEPTACION

_____

_____

_____

_____

_____

Presidente del Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

DIRECTIVOS

RECTOR	DR. JOSE CONSUEGRA
SECRETARIO GENERAL	DR. RAFAEL BOLAÑO
DECANO	DR. CARLOS LLANOS

DEDICATORIA

A EURIPIDES VIDAL mi abuelo quien fue mi punto de apoyo dandome siempre voz de aliento para que llegara a la culminación de esta carrera profesional.

A LUCILA DE VIDAL esa gran mujer que supo darme el verdadero amor de madre, velando incansablemente por hacerme una mujer de bien.

Al doctor ORLANDO VIDAL mi padre forjador y de quien he redé la vocación por el Derecho.

A mis tíos a quienes le profeso un profundo sentimiento de afecto por estar siempre conmigo.

A mis hermanos.

BLANCA FLOR

DEDICATORIA

A la memoria de mi padre y de mi hermanita.

A mi madre quien en todo momento ha sido brujula de mi superación.

A mis hermanod y hermanas y demás personas que de una u otras forma han contribuido a la obtención de este éxito.

CRISTINA ELENA

Pág.

CONCLUSION 74

BIBLIOGRAFIA 76

mismo que la regulación del proceso correspondiente a la denominación jurisdicción coactiva ejercida por funcionarios administrativos, no judiciales, para el cobro de las deudas fiscales.

Se indica el ordenamiento para el concurso de acreedores, y como complemento de los diversos de ejecución se encuentra la mención de las medidas cautelares indispensables para garantizar que se cumplan en lo posible la finalidad de esa clase de procesos, cuya reglamentación aparece asimismo consagrada en el libro cuarto.

por el juez y las partes para llegar a aquel, y también la combinanción de dichos actos, esto es el procedimiento pro piamente dicho.

1.2. CLASIFICACION

Los procesos pueden clasificarse de diversas maneras, se gún se atienda a como se sustancian: escritos y orales ; por el objeto de la petición de protección jurídica: de co nocimiento o declarativos, ejecutivos y cautelares; por na turaleza de la cuestión materia de ellos; contenciosos y voluntarios; por las etapas que atraviesan; de única o de dos instancias; por la naturaleza de los bienes que com prendan : universales y singulares; por quien lo decide : el órgano judicial o los arbitrios; o por la forma en la cual se estructuran y desarrollan: ordinarios y especiales.

En cuanto al último respecto, conviene precisar en primer lugar que existen el proceso ordinario que es único, al pa so que los especiales son varios, cuyo número y nomenclatu ra, que generalmente se deriva de la relación sustancial objeto de cada uno de ellos, son distintos según las le yes de cada país.

Son especiales, aquellos cuya sustanciación se encuentra prevista en la ley, en todas sus etapas o trámites o con

vias, así como por someter el negocio al conocimiento de árbitros, previo compromiso.

Las etapas normales y esenciales serían solo tres: la solicitud de tutela jurídica del actor (demanda), la citación del demandado y la sentencia. Las etapas normales pero no esenciales serían: el período de prueba, los alegatos, los recursos.

Las etapas posibles, sin ser normales ni esenciales, serían: los incidentes, las intervenciones de terceros y las acumulaciones.

siendo la admisión de la demanda una orden directa al demandado, pero que cumpla en un término perentorio, so pena de hacerlo el juez en su lugar pero en su nombre, o hacerlo cumplir por otros medios.

e) El juez debe considerar siempre que la tramitación del Proceso Ejecutivo es por demanda de parte nunca ex officio por consiguiente, si el demandante exige la apertura de un proceso de conocimiento, el juez no podrá negarlo al estimar que más bien puede ser viable la ejecución.

f) El juez debe tener conciencia, para admitir la ejecución que la certeza del Derecho Sustancial pretendido la produce el título ejecutivo y no el conocimiento que respecto del derecho del demandante, pudiera admitir posteriormente en el curso del proceso. Las excepciones que pudiera preparar el demandado no tiene por objeto obtener el conocimiento del derecho del demandado, ni tampoco del demandante, si no que de ellos se pretende desvirtuar la certeza brindada por el título ejecutivo.

g) El juez debe tener en cuenta que la ejecución se fundamenta en la prueba documental del crédito aportado en la misma demanda y no en pruebas que posteriormente se recoja en el curso del proceso.

siones con la sentencia estimatoria de la pretensión no se consigue plenamente el fin procesal. tal ocurre cuando el demandado es condenado a realizar una prestación pues el demandanteno queda satisfecho con la declaración de quetie ne el derecho invocado, por lo cual hay que procurárselo efectivamente. En ciertos casos será el condenado quien al cumplir por su voluntad la obligación, que le impone la justicia, espontáneamente da efectividad a la sentencia de condena. Más en el supuesto de que no actúe así, debe exis tir un procedimiento por el cual se dé satisfacción al ven dedor aún contra la voluntad del obligado.

Este procedimiento es precisamente la ejecución forzosa, definida por Kisch como "un procedimiento jurídicamente re gulado en el cual los órganos del Estado competentes dar efectividad a los derechos privados del acreedor, conforme a sus peticiones, mediante el empleo de medios coercitivos el obligado".

2.2.1. Fundamento de la Ejecución Forzosa. Al Estado la realización de los derechos de los particulares, pues a es tos se les prohibe hacerlos prevalecer con su propia mano la autoayuda está excluida aún en el supuesto de que tales derechos hayan ido reconocidos por los tribunales judicia- les del Estado. "Es evidente que quién tiene un derecho que hacer valer puede contar con la fuerza suficiente para realizarlo pudiendo abusar de ella en perjuicio del obliga

No son de ejecución propiamente dicha las medidas o actos que tienen por objeto producir un estado jurídico correspondiente al contenido de una resolución judicial, sin mediar empleo de coerción contre el vencido, como la anulación de una escritura por el notario, la orden de inscribir o cancelar determinado título en el registro. Sin embargo, como estos efectos se hacen depender de actos reales del juez, es costumbre hablar con respecto a ellos es posible realizarlos contra la voluntad del vencido en el juicio, aunque sin su intervención.

Dentro de la ejecución forzosa pueden distinguirse varias clases, según los derechos que se pretenden ejecutar. Los medios que se utilizan son diferentes, según que para el resultado que interesa al acreedor no sea precisa la intervención personal del obligado o no se pueda conseguir sin ella. En el primer caso las medidas de coacción se dirigen desde el principio a lograr el objeto de la obligación: si tiene que entregar una cosa se aprehende ésta y se entrega al acreedor (ejecución satistactiva); o se autoriza que el hecho debido lo ejecute un tercero por el deudor (ejecución transformativa), y si adeuda una suma de dinero se embargan bienes de su propiedad y con el producto de su venta se paga la deuda al actor (ejecución expropiativa). En el primer caso, el Estado trata de conseguir la intervención del deudor por medio de multas o resarcimiento de

perjuicios por el retardo, que impelen al obligado a cumplir personalmente la obligación: ciertos casos de obligaciones de hacer y de no hacer. La acción se dirige a que el deudor cumpla; pero está limitada a los casos poco frecuentes en que se requiera su intervención para lograr el cumplimiento obligacional. Mas si no se consigue esto, al acreedor no le quedará otro remedio sino variar el objeto de la obligación y solictar el pago de perjuicios compensatorios , pues si bien en épocas pasadas existía en el campo penal la prisión por deudas, este medio es extraño a nuestro derecho, ya que la Constitución Nacional lo prohibe.

Por lo anterior. de la Plaza dice lo siguiente, que explica muy bien las finalidades del proceso ejecutivo:

"Más conviene, ante todo, señalar que aunque el proceso de ejecución es un instituto único, porque único es el fin que persigue, es preciso, para su adecuada ordenación, distinguir aquellos casos en que el bien ha procurársenos es una cosa determinada, de aquellos otros en que los que pretendemos obtener es un genus, es decir, un quid caracterizado el contenido del proceso de ejecución que, a veces, podrá estribar en el ejercicio de una determinada activi - dad por el ejecutado (obligaciones de hacer), y otras en iracción, o lo que es lo mismo, en la obtención de su actividad (obligaciones de no hacer). Y en todos estos supues

tos, como ha observado exactamente Chiovenda, 'el proceso ejecutivo tendrá condiciones, formas y caminos distintos, que en cualquier supuesto, se traducirán en una voluntad subrogatoria, por virtud de la cual los órganos jurisdiccionales habrán de cumplir lo que el deudor no quiso realizar voluntariamente; y para ello será preciso, en ocasiones , cumplir lo que el deudor no quiso ejecutar de su porpio motivo; a veces, operar transformaciones en su patrimonio; y ejercitar actividades de sustitución. Son estos los medios que se denominan subrogatorios'."

2.3. DISTINTAS FORMAS DE EJECUCION

Debe principiarse por distinguir la ejecución de las sentencias dentro del mismo proceso donde se dictaron, de la acción ejecutiva propiamente dicha, sea que se funde en providencias judiciales, o de su causante. Sobre la primera se ha hecho un estudio en la "Parte General", y se ha dicho que existen casos en que en el mismo proceso es posible cumplir lo que la sentencia ha ordenado, como cuando se trata de entregar una cosa inmueble a quien ganó el pleito o una cosa mueble si puede ser habida. Además, existen procesos especiales en que es pertinente lograr el cumplimiento sobre el mismo expediente empleando medios coercitivos con tal fin: posesorios, posesorios especiales, lanzamiento, expropiación , etc.

En cambio cuando se imponen en la sentencia obligaciones de pagar una suma de dinero o de hacer o no hacer; o en títulos contractuales figura cualquier obligación que vo luntariamente no se cumple es necesario acudir al proceso ejecutivo, aunque éste puede seguirse sobre el mismo expe diente en que se dictó la sentencia dentro de los dos me ses siguientes a su ejecutoria.

De lo expuesto podemos concluir que fuera de los casos en que es posible ejecutar la sentencia en el mismo proceso en que se pronunció, en los demás se requiere el procedi miento ejecutivo propiamente dicho por medio del cual se ejercita la llamada acción ejecutiva.

2.4. ACCION EJECUTIVA Y PROCESO EJECUTIVO

Goldschnidt dice "por la acción ejecutiva se trata de obte ner la protección del Estado mediante la ejecución forzosa. Esta es una intromisión coercitiva en la esfera jurídica del deudor, con el fin de obtener un resultado real o jurí dico a cuya protección está él obligado y del cual respon- de". La acción ejecutiva se caracteriza porque no se ago ta sino cuando el pago total de la obligación se efectúa. E implica el madamiento de pago sin haberse citado no oí do al deudor, en razón de la fuerza del título ejecutivo.

De la Plaza expone con acierto las caraterísticas del pro ceso ejecutivo así: "En principio, como hemos hecho ver, acomodándonos a los preceptos y aún a la terminología car nelutiana, el proceso de cognición versa sobre una preten- sión discutible y, precisamente por serlo, exige un conoci miento previo. En cambio, el de ejecutación actúa sobre una pretensión indiscutible (pronto veremos en que térmi - nos), y se endereza restamente a lograr que sea satisfecha; por eso, cuanto exceda de este propósito, por muy limita - das que sean las fronteras del conocimiento, rebosa el cam po de la ejecución rectamente entendida.

"De aquí se ifieren diversas conclusiones fecundísimas:

- "La primera es que el en el proceso de ejecución, las pretensiones del actor han de fundarse en un título que, por su sola apariciencia, dispense de entrar en la fase de discusión y presente como indiscutible, al menos por el mo mento, el derecho a obtener la tutela jurídica. Por eso cuando la tçecnica dentro y fuera de nuestro país, tropezó con algunos tipos cuya traza no respondía íntegramente a esta idea matriz, separó el proceso puro de ejecución, de los denominados con frase harto expresiva, procesos impro- piamente ejecutivos.

- "Se carateriza también el proceso de ejecución porque

su finalidad exclusiva, es la de actuar un derecho ya reconocido, por modo más o menos perfecto, con propósito de reparar una violación de determinadas obligaciones por el que las contrajo o fue constreñido a su cumplimiento. Jaeger hacer ver que para que el proceso de ejecución cumpla la misión que le está asignada, es preciso que se actúe la pretensión en el menor tiempo y con la mayor mesura posible, pues que su conformidad con el interés público está ya garantizada por el título ejecutivo (principio de la satisfacción máxima de la pretensión ejecutiva); es necesario reducir al mínimo el sacrificio patrimonial del deudor (principio del sacrificio mínimo del deudor); hay que asegurar a éste la intangibilidad de los bienes que son necesarios para su subsistencia y la de sus familiares (principio del respeto a las necesidades primarias del deudor); se requiere, en otro aspecto, garantizar a los terceros no responsables la reparación de los daños que con las medidas ejecutivas pudieran casárseles, exigiéndoles, sin embargo, en los casos dudosos, la rigorosa demostración de su derecho (principio del respeto a los derechos incontestables de los terceros); coniene utilizar, siendo posible, un solo proceso para la conjunta satisfacción de las pretensiones de muchos acreedores con economía de tiempo y de gastos (principio del concurso de acreedores); y es obligado defender, en todo caso, los intereses generales implicados en el proceso de ejecución que pudieran necesitarse, o

bien por una prolongación innecesaria de las restricciones a que por obra del proceso quedan sujetos, o por un cambio sobrevenido en su entidad y estructura económica (princi - pio del respeto a los intereses de la pública economía)".

2.5. DIVERSOS PROCESOS DE EJECUCION

En primer término, tenemos la ejecución individual introducida por uno o varios acreedores con título ejecutivo contra determinados bienes del deudor; sobre el precio obtenido de estos particulares bienes se abren concursos parciales en los cuales pueden intervenir todos los acreedores, salvados sus motivos de preferencia o privilegio (hipoteca, prenda). Este es el proceso ejecutivo, singular, que puede ser de mayor, de menor o de mínima cuantía. Los dos primeros siguen en mismo trámite, el último tiene un procedimiento propio establecido por el artículo 544 y siguientes.

Como se acaba de ver, por la vía ejecutiva se puede ejercer la acción personal o la real cuando hay bienes hipotecados o constituidos en prenda para la seguridad de la obligación. Para este último caso, la ley también establece un procedimiento especial.

En segundo lugar, tenemos la ejecución colectiva o concurso, que es una especie de ejecución general en el patrimo-

nio del deudor con declaración simultánea de los créditos. El patrimonio queda inmovilizado, sustraido a su disponibilidad, liquidado y distribuido entre todos los acreedores que participan en el concurso por sus créditos, salvo los derechos de preferencia o privilegio. de la Plaza explica el fenómeno del concurso as: "Al estímulo individual y egoísta de la ejecución aislada, sustituye, cuando el patirmonio no basta para satisfacer todos los créditos 'un régimen de comunidad de pérdidas y de tratamiento igual para todos los acreedores'. Es decir, y volvemos nuevamente a recordar el jugoso artículo de Beceña, el porceso de ejecución en los supuestos de concurso o quiebra (estén o no articulados como entidades independientes, aunque similares, sólo por la consideración de que sea o no comerciante el deudor), no merece sólo singular relieve por que verse sobre un universum jus, aspecto éste más interesante, desde el punto de vista del derecho material, sino porque, procesalmente, en él se dan todas las variedades de la tutela jurídica. Por eso, del concurso, como de la quiebra, puede decirse que son tipos procesales de ejecución colectiva que responde al principio de la comunidad de pérdidas y que ofrecen, en paragón con los de su misma naturaleza, acusadas características".

Si el concurso se hace a instancias del deudor, tendremos el proceso de cesión de bienes (concurso voluntario); si de un acreedor con varios créditos o de varios acreedores,

el de concurso de acreedores si se trata de un deudor civil, o de quiebra, si de un comerciante (concurso necesario).

2.6. PARALELO ENTRE EL PROCESO EJECUTIVO CIVIL Y EL PROCESO EJECUTIVO LABORAL

El jucio ejecutivo en el procedimiento laboral se encuentra dentro del contenido de los procedimientos especiales, en el capítulo XVI del Código de Procedimiento Laboral. Cuyo contenido se encuentra del art. 100 del C.P.L. hasta el art. 111 del mismo Código.

Según los estudiosos del derecho laboral, los procesos ejecutivos laborales tienen por objeto el cumplimiento forzado de una obligación que ha tenido origen en una relación de trabajo.

De acuerdo con el art. 100 C.P.L., el título ejecutivo laboral es todo aquel documento que proviene del deudor o de su causante, en el cual consta una obligación clara, expresa y exigible de dar, hacer o no hacer algo en favor de su acreedor o tenedor legítimo del título, o una providencia judicial o arbitral en firme de igual contenido. el mismo C.P.L. señala que también se puede demandar por la vía ejecutiva las obligaciones contenidas en las actas de conci -

liación celebradas ante el juez laboral o inspector del trabajo, las resoluciones del J.S.S. o de las cajas seccionales que declaren la obligación de pagar cuotas o aportes que se adeuden; las resoluciones de las autoridades del trabajo que impongan multas por violación de las leyes sociales.

Además de las obligaciones en dinero también se pueden demandar ejecutivamente obligaciones de hacer, dar o no hacer y el pago de perjuicios. Siendo demandables ejecutivamente como títulos de esta especificación según el C.P.C. todas aquellas obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que porvengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena profunda por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso - administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia.

La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 294.

La justicia del trabajo conoce en materia de juicios ejecutivos de todas aquellas obligaciones emanadas de una rela-

ción de trabajo, expresión ésta cuyo sentido comprende la vinculación que se forma por la sola prestación del trabajo, cualquiera que sea la fuente jurídica de donde proceda. No se puede identificar el concepto de relación de trabajo con el de contrato de trabajo, pues aquella expresión es de un contenido mucho más amplio y nada indica que se quisiera restringir su alcance, como se desprende de la manera reiterada como el código la emplea en lo tocante a ejecuciones o juicios ejecutivos. De esta suerte, las relaciones entre la administración pública y sus servidores constituyen verdaderas relaciones de trabajo.

Según la doctrina los títulos ejecutivos de origen laboral se clasifican de la siguiente forma:

- Títulos judiciales, que pueden ser:

. Los emanados de condenas preferidas en fallos judiciales o laudos arbitrales que se encuentran en firme, y

. Los emanados de otras providencias judiciales, como los actos que deciden incidentes, liquidar costas dentro del procedimiento laboral ordinario o dentro de los distintos procesos laborales especiales. también se incluyen los actos dentro de un proceso arbitral mediante los cuales se impongan condenas en costas y perjuicios a una de las partes.

- Títulos de origen contractual, que proceden del deudor o de su causante y constan en documentos, como los contratos de trato para exigir el pago de los salarios insolutos los contratos de mandato, representación, prestación de servicios profesionales y honorarios, etc., cuando en ello consta la existencia de una obligación clara, expresa y exigible de pagar suma líquida de dinero u otra prestación similar, siempre y cuando se hallan originado en una relación de trabajo dependiente, o versen sobre reconocimiento de honorarios profesionales o de remuneración por servicios personales de carácter privado, cualq2uiera que sea la relación jurídica o el motivo que les haya dado.

- Títulos ejecutivos de origen administrativos, tales como las resolluciones del J.S.S. en relación con las cuotas o cotizaciones, las resoluciones y demás actos administrativos proferidos por la Nación, los departamentos y los municipios, cajas de previsión, etc., siempre y cuando que tengan su origen en una relación de trabajo.

- Mixto contractuales - administrativos, como los actos de conciliación de los inspectores de trabajo.

Según el art. 101 C.P.C. en el ejecutivo laboral las medidas cautelares se piden simultáneamente con la ejecución misma. El juez antes de rechazar o admitir la demanda de

be ratificar bajo juramento la denuncia de bienes. No es necesario prestar caución. Si el juez las admite, en el mismo auto libra mandamiento de pago y decreta las medidas cautelares, todo queda consignado en un solo cuaderno. En el procedimiento civil la solicitud de embargo se formulará en escrito separado, y con ella se formará cuaderno especial.

En caso de remate de bienes, el juez debe avaluarlos y para tal efecto designará un perito. Seis 96) días antes del remate se publicarán y fijarán en la secretaría del juzgado y en tres (3) de loslugares más concurrido, carteles en los que se de cuenta el público de que se va a verificar , con especificación de los bienes respectivos.

Al contrario de lo que sucede en el ejecutivo civil, aquí no se establece diferencia para efectos de la publicación, y fijación de carteles por razón de la clase de bienes. El término de fijación es idéntico para muebles o inmuebles . Y no es necesario acudir al procedimiento civil.

Las excepciones en el proceso ejecutivo laboral, deberán proponerse y tramitarse conforme con lo dispuesto en el art. 32 del C.P.L., teniendo en cuenta la orientación que ha dado la jurisprudencia al respecto, el cual sostiene que cuando existe norma expresa en el ordenamiento laboral

no se pueden aplicar la disposiciónes procesales civiles que regulen la materia.

En cuanto a los incidentes, también se deberá aplicar de preferencia en los procesos ejecutivos, el art. 37 del C. P.L. que regula la formulación y el trámite de incidentes en el procedimiento laboral.

En conclusión, en los procesos ejecutivos laborales, den - tro de la oportunidad y con las formalidades legales, se podrán formular incidentes y proponer excepciones distin - tas de las de pago, orientadas a dejar sin efectos desde su inicio el título ejecutivo laboral.

La providencia judicial que pone para el trámite de las excepciones en los juicios ejecutivos de carácter laboral, es a diferencia del procedimiento civil, un auto interlocu torio y no una sentencia.

también prestaría mérito ejcutivo ante la jurisdicción del trabajo las resoluciones del Instituto Colombiano de Segu- ros Sociales, o de las cajas seccionales por las cuales de claren la obligación de pagar las cuotas o cotizaciones que se les aduden, una vez agotado el procedimiento interno la respectiva entidad al respecto conocerá los jueces del tra bajo del domicilio del Instituto Colombiano de Seguro So

ciales o de la caja seccional del mismo, que hubiere profe rido la resolución correspondiente y de acuerdo con las re glas generales sobre competencia por razón de la cuantía.

2.7. TITULO EJECUTIVO

Couture dice que el vocablo título quiere decir en dere- cho cuando menos dos cosas: una calidad (título de dueño, título de heredero) y un documento (título de propiedad , título de crédito). Se tiene título cuando se está habili tado jurídicamente para hacer una cosa; y se tiene título cuando se tiene en la mano el documento que acredita esa calidad.

El equívoco radica en que puede haber calidad sin documen to y documento sin calidad. El acreedor que ha extraviado el pagaré tiene el crédito y no tiene el documento; el te nedor de un pagaré oportunamente pagado pero no entregado al deudor, tiene le documento y no tiene la calidad de acreedor. El precepto nulla executiosine título puede re puede referirse indistintamente a ambas cosas, según surja de los términos del derecho positivo. Así, pues, poderse erjercitan la acción ejecutiva, es menester que el derecho resulte previamente establecido mediante sentencia o me- diante cualquier otro acto a que el derecho atribuye el va lor legal de un acto de comprobación, en otras palabras , que se tenga un título ejecutivo.

"Base de la ejecución forzosa es el título ejecutivo. El cual es un documento en el que consta el derecho que ha de hacerse efectivo por la ejecución y cuya cualidad ejecutivo - es declarada por la ley", dice Kisch.

"El título ejecutivo,expresa Mattirolo, es el que además de afirmar la existencia del dercho, contiene en sí virtual mente la orden para el deudor de ejecutar la obligación, ba jo pena de ser o obligado por la autoridad pública".

Chiovenda, manifiesta: "El título ejecutivo es el presu - puesto o condición general de cualquiera ejecución, y, por lo mismo, de la ejecución forzosa: nulla executio sine tí tulo ejecutivo es siempre una declaración, pero debiendo constar siempre esta declaración (ad solemnitatem) por es crito".

Por último, Goldschmidt considera que el título ejecutivo, "es el documento público (auténtico) que da origen a la obligación por parte de los órganos ejcutivos de desarro- llar su actividad ejecutiva, y que existe el título, el acreedor puede promover la ejecución, tiene la posibilidad de promoverla y lor órganos de ejecución tienen el deber de realizarlo, como deber de oficio, que en caso de incum- plimiento da lugar a responsabilidades".

En definitva, la ley es la que señala los requisitos del título ejecutivo, quien atribuye mérito ejecutivo a determinados títulos, de modo que los particulares no pueden inventar títulos ejecutivos ni convenirlos unilateral ni bilateralmente, pues ello se tendría por no escrito a la luz del artículo 6o. del Código de Procedimiento Civil.

Ya se vió, que debe distinguirse el significado sustancial y el formal del título ejecutivo. En el primero, es la declaración en base a la cual se consagra la ejecución; en el segundo, el documento en el que se consagra la declaración, ya que el título debe constar por escrito.

De esta manera, la acción ejecutiva se halla ítimamente ligada al título y al documento que consagra éste; la pose - sión del título ejecutivo es indispensable para pedir actos ejecutivos y para decretarlos, y por otra parte, tal posesión es condición bastante para que el demandante obtenga el madamiento ejecutivo sin que deba probar por otro concepto el derecho a la prestación.

Por eso, el título ejecutivo hace que la acción ejecutiva, incorporada a él (a diferencia de las demás acciones) aspire directamente a su finalidad, o sea el acto ejecutivo sin necesidad de otra declaración, y que mediante aquel la acción ejecutiva constituye un derecho independiente del derecho material que se pretende actualizar. en efecto, Dos

Reis ha hecho ver que el título puede existir sin que exis ta el derecho de crédito, lo que ocurrirá, en todos los ca sos de discordancia entre el mismo y su contenido real (fal sedad, vicios del consentimiento, simulación); y aún en los casos en que la ejecución se promueva sobre al de una sentencia (lo que hace casi imposible aquella disparidad , ya que se admite en ciertas legislaciones que puede decre- tarse la ejecución de ciertas resoluciones que no han gana do firmeza (ejecución provisional) y aún se regula la hipó tesis de que se ataquen por el recurso de revisión que pro dujeron la cosa juzgada, De ahí que Liebman haya concebi- do el título ejecutivo y la pretensión que en él tiene ba se como un negocio abstracto, que aún en la hipótesis de discordancia que acabamos de citar sacrificio, en aras de una resolución rápida, la que en definitiva pudiera esti- marse pretensión injusta; y aunque la técnica jurídica se haya preocupado de establecer medios para separar a poste- riori loss males que eventualmente pueden derivar de la preconstitución de un título irregular en el sentido ex puesto (excepciones, tacha de falsedad), lo cierto es que la posibilidad de que así ocurra nada dice en contra de la configuración de la pretensión ejecutiva como un derecho autónomo, por igual al que se ejercita en los procesos cau telares o de de mera declaración.

Esto no implica que falte totalmente el conocimiento o aná lisis de la acción por parte del juez, pues cuando se diri

ge a éste una demanda de ejecución, debe ante todo examinar de oficio si existe un título ejecutivo que la respalde, y si dicho título no aparece deberá negar la ejecución, como denegada es la sentencia favorable si no se halla comprobada la prestención correspondiente. Pero este análisis es superifical e inoída la parte demandada, ya que si el título reúne los requisitos externos de orden legal, servirá de fundamento al madamiento de pago sin que el deudor deba comparecer para declarar la actual existencia de la acción ejecutiva; dejarse posteriormente al demandado la oportunidad de proponer excepciones que enerven la acción total o parcialmente, momento procesal que es de cognición.

Por lo dicho, perdido o destruído el título ejecutivo, no basta probar que éste existió para poder lograr mandamiento ejecutivo, sino que es necesario presentar un nuevo documento equivalente al primero, o confeccionar un nuevo título, previo proceso declarativo con el deudor.

Si no puede aducir el demandante título ejecutivo, no podrá entablar porceso ejecutivo; si no puede ese exhibir ese título que haga indiscutible su derecho a través de cualquiera de los documentos que reúnan los requisitos previstos, será menester que previa discusión en proceso ordinario con su deudor pruebe la efectividad de su derecho, y sólo una vez que la sentencia le haya reconocido dicho derecho, o le haya declarado su calidad de acreedor, tendrá

en sus manos el título ejecutivo correspondiente. "La eje cución forzada, dice Alessandri Rodríguez, procederá cuan do sea posible iniciar un juicio ejecutivo, porque en caso contrario será menester que el acreedor discuta con el deu dor la existencia de su derecho y obtenga el reconocimien- to de la obligación o el reconocimiento de su calidad de acreedor, por la sentencia que ponga fin a dicho juicio or dinario".

2.7.1. Diversas clases de Títulos ejecutivos. Entre noso tros existen dos clases de títulos ejecutivos, a saber: los provenientes de resoluciones judiciales que deben cumplirse (títulos judiciales) y los contenidos en actos o contratos provenientes del deudor o de su causante (títulos contrac- tuales o privados). Los primeros pueden ser sentencias o autos proferidos por autoridad judicial, y los segundos, actos jurídicos preconstituídos o confesión del deudor , judicial o extrajudicial.

El tribunal de Bogotá explica el origen de dichos títulos así: "... En la legislación española, fuente de la nues - tra, se admitió en un principio la vía ejecutiva única mente para hacer efectivas obligaciones declaradas en una sentencia; de modo que el juicio ejecutivo era estraño a todo debate distinto del planteado por las excepciones so- bre la extinción total o parcial de la deuda cuya existen- cia había sido declarada en el fallo base de la ejecución.

Más tarde se extendió la acción ejecutiva a las obligacio - nes que constarán en ciertos documentos que reunieron las mismas condiciones de una decisión judicial, como las escri tas públicas, los documentos privados reconocidos, pués no eran conveniente que en tales casos tuvieran necesidad las acreedores de ocurrir previamente al dispendioso procedimien- to ordinario. Históricamente el procedimiento ejecutivo es de carácter excepcional en los referente a documentos dis - tintos de sentencias, y también lo es en el hecho aún hoy mismo... los instrumentos ejecutivos lo son por cuanto la ley atendiendo a sólo motivos de orden práctico los asimila en ese particular o sentencias firmes; razón de mera índole teórica para que haya acción ejecutiva, no existe sino con relación a lo sentenciado en calidad de cosa juzgada.

No existe una lista taxativa de documentos que implique eje cución como ocurre en otros países, sino la ley estatuye los requisitos esenciales para que se configure el título ejecutivo, que luego se estudiarán, de manera que cualquier documento que los llene constituye título de ejecución.

2.7.2. Títulos Judiciales. El más importante de los títu- los ejecutivos es la sentencia civil por la cual se impone al deudor que realice una prestación, y denomina de condena.

Las sentencias o laudos arbitrales también prestan mérito ejecutivo pués se dice que su ejecución procede ante la jus

ticia ordinaria, lo que es lógico ya que el arbitramiento es una institución legal.

Las sentencias y laudos extranjeros no tienen fuerza ejecutiva en Colombia sino una vez que son reconocidos mediante el exequatur por la Corte Suprema, o la autoridad pertinente según los tratados públicos. Por eso si se declara que la sentencia extranjera debe cumplirse, se pide la ejecución ante el juez competente.

No solo las sentencias prestan mérito ejecutivo, pues existe una serie de autos que también lo prestan por disposición expresa de la ley, como las referentes a la liquidación de costas, el que pone fin a la liquidación de una sentencia en abstracto, el que decreta alimentos provisionarios, el que señala honorarios a los auxiliares de la justicia, los que imponen multas a una parte a favor de la otra, etc.. Las providencias que decretan obligaciones de hacer, como prestar caución, producen efectos inmediatos en el proceso ejecutivo, pues si incumplen ocasionan la pérdida de posibilidades procesales y aún de derechos que se están haciendo valer en juicio.

También prestan mérito ejecutivo las sentencias de los jueces penales que condenan al delincuente al pago de perjuicios.

Las sentencias del Consejo de Estado y de los Tribunales Contencios-Administrativo igualmente prestan mérito ejecutivo, porque emanan de autoridades jursidiccionales propia mente dichas y hacen tránsito a cosa juzgada. También lo prestan, los autos de dichas entidades sobre honorarios de los auxiliares de la justicia.

Pero no lo prestan las resoluciones de las autoridades de orden administrativo, salvo que otra cosa disponga la ley, o que se trate de títulos en la jursidiccción coactiva, co mo son las multas, los reconocimientos de impuestos y los alcances líquidos contra los responsables al erario. Tambien, las que versen sobre costas o señalen honorarios a los peritos en el procedimiento policivo prestan mérito eje cutivo.

2.7.3. Providencias Provisionales. Por regla general, las providencias judiciales se cumplen cuando queden eje cutoriadas, si en ellas mismas no se fija el plazo o condi ción para el cumplimiento de las obligaciones. Sin embar go, es posible la ejecución provisional apeladas en el efecto devolutivo o sujetas al recurso de casación.

En algunos países existen títulos que solo dan márgen a procesos monitorios o de prevanlente función ejecutiva, en los cuales si el demanadado objeta el título del acreedor,

el proceso continúa como declarativo.

2.7.4. Títulos Ejecutivos Privados o Contractuales. Pres ta mérito ejecutivo toda obligación que conste en documento proveniente del deudor o de su causante, siempre que reúna determinados requisitos que adelante veremos.

Por tanto, es posible que sirva de base de ejecución cualquier acto jurídico del deudor sea que se haya preconstituido para comprobarlo, sea que implique una confesión. Por consiguiente, pueden ser títulos ejecutivos, los ins - trumentos públicos, los documentos privados reconocidos , los instrumentos negociables, las confesiones del deudor , si los hechos sobre los que se versan son susceptibles de prueba de confesión, aunque aquellas propiamente no son do cumentos sino actos procesales en que él ha participado. De este principio se exceptúa la confesión hecha en un pro ceso después de notificada la admisión de la demanda, que no constituye título ejecutivo, porque si a un interrogato rio durante el término de prueba de un proceso se le con - sidera mérito ejecutivo, quedaría cortado el proceso origi nal antes de una sentencia definitiva, sin allegar otros elementos de convicción debatidos entre las partes que pudieran alterar la confesión.

2.8. OTROS TITULOS EJECUTIVOS

Existen disposiciones legales que reconocen fuerza ejecutiva a determinados documentos aunque estrictamente no se acomoden a los requisitos citados, pues la prueba de la obligación no proviene del deudor sino del acreedor como son los que sirven de base a la jurisdicción coactiva, que se llaman títulos administrativos, y algunos que estatuyen leyes especiales, como la 134 de 1931, artículo 50 (deudas de cooperados a cooperativas, según actas de éstas); la ley 57 de 1931, artículo 53, sobre facturas, vales, etc.; 182 de1948 artículo 13 (cobro de cuotas a los condueños de propiedad horizontal con base en actas de la junta). Estos títulos sobreviven después del Código, pues son normas especiales que participan de lo sustancial y lo procesal.

Existe otro título ejecutivo de carácter administrativo que autoriza al superintendente bancario para expedir certificados acerca del monto líquido que arrojen, de conformidad con las constancias que figuren en los libros y documentos de los bancos, los saldos en contra de los clientes de éstos concepto de pagos de sobregiros o descubiertos en cuenta corriente, y las provenientes de cartas de crédito abiertas por entidades bancarias de Colombia por orden de sus clientes y utilizadas por los beneficiarios. En esta forma obtienen los bancos un título ejecutivo que son los cer

tificados del superintendente cuando los clientes se sobre giran y no pagan el monto de tales descubiertos sea por ra zón de sus cuentas corrientes o de cartas de crédito usadas por los interesados. Sino fuera así, la situación para las bancos muchas veces tendría que ser definida en proceso or dinario, con la consiguiente demora y perjuicio para la economía.

2.9. TITULOS EJECUTIVOS CONTRA EL ESTADO

En principio, ni el Estado no las demás personas adminis - trativas que lo estructuran deben ser sujetos pasivos de ejecución forzosa ya se trate de deudas contraídas por la vía del derecho público o por las comunes de derecho priva do. Explican los autores esta posición privilegiado de aquellas personas, por la índole de las funciones que les competen en la organización de la sociedad. El Estado -lo mismo que las secciones en que éste se descompone- realiza una serie de actos de gobierno y de gestión de los servi - cios públicos, en todos los cuales se ve envuelto un inte rés de carácter general y superior al interés de los parti culares.

Consecuencia de lo anterior, es que la vía de la ejecución forzada medio idóneo para hacer cumplir, no puede ser ins trumento para que la administración cumpla oportunamente

por su parte, las obligaciones que contrae en el ejercicio de sus actividades. es unánime la doctrina que excluye de la ejecución forzada al Estado y a las demás personas de derecho público; y en muchas legislaciones positivas está expresamente reconocido este beneficio. En Colombia, exis te una norma mixta que establece que el Estado no puede ser ejecutado, y que al mismo tiempo permite el procedimien to ejecutivo contra los Departamentos, Municipios, Inten dencias, Comisarías y los establecimientos públicos, pero que de modo expreso prohibe el embargo de ciertos clases de bienes de propiedad de estas entidades.

En tratándose de la ejecución con base en una decisión ju risdiccional, son comunes las personas públicas -excepto la Nación- y a las personas de derecho privado, las reglas del Código, salvo que, para que puedan promover el pago, el ejecutivo contra las primeras no puede promoverse sino seis meses después de la sentencia. Más si se está frente a uan ejecución forzada con causa en un acto jurídico, se contempla el problema de distinguir lo que surgen de un acuerdo de voluntades sancionado por el derecho común o de la voluntad unilateral de la administración.

La Corte dice sobre el tema de que se trata: "La ley y las aplicaciones jurisprudenciales enseñan cuáles son las prue bas documenando el negocio jurídico se refiere a relacio - nes entre particulares, o también cuando las entidades de

derecho público escogen la vía común para sus actuaciones o se obligan conforme a las regulaciones del derecho común. Pero no hay texto legal ninguno que expresamente determine el valor probatorio de los documentos emanados de la voluntad unilateral de la administración, ni el grado de su idoneidad para exigir ejecutivamente el cumplimiento de las obligaciones que puedan contener.

"De acuerdo con los principios de derecho público, las autoridades funcionarios y corporaciones de orden administrativo, expresan regularmente su voluntad por medio de actos jurídicos, denominados actos administrativos o actos condiciones. No otra cosa son las Ordenanzas de las Asambleas Departamentales, los Acuerdos de los Concejos Municipales, las Resoluciones de los Funcionarios administrativos en una palabra. Es de la esencia de estos actos jurídicos, su modificabilidad o reforma por quien los profiere o por el superior en la jerarquia administrativa, así como su nulidad por parte de los organismos jurisdiccionales competentes. Y esta circunstancia, así como la de poder ser derogados en cualquier tiempo, la de tener que ajustarse a las normas superiores y la de la competencia para dictarlas debe estar expresamente atribuida a su autor, son indudablemente caraterísticas especiales de esta clase de actos jurídicos que no se encuentran en la zona de los que en la actividad privada sirven de vehículo constitutivo de las obligaciones que contraen los particulares. Además, ni ta

les actos jurídicos, ni los documentos en que éstos se exteriorizan formalmente, tienen el destino de constituir pruebas, sino la finalidad única de provocar la actuación de la administración.".

Y agrega la referida providencia: "El presupuesto de rentas y gastos, ya se trate de la ley, la ordenanza o el acuerdo municipal, es un simple acto-condición... En otros términos, es la condición indispensable y necesaria para que puedan percibirse las rentas y ordenarse y realizarse efectivamente los egresos públicos. Ni aisladamente, pies la inscripción de la partida en el presupuesto, ni de el conjunto de este acto con los que crean o establecen la prestación a cargo del patrimonio público del Departamento, puede ser una obligación incondicional que abra la vía ejecutiva al titular del derecho reconocido. En efecto, el acto creador puede ser modificado, derogado o anulado, y a su vez la ley adjetiva presupuestal deacuerdo con poderes generales o especiales de la administarción, puede modificarse en la cuantía de las cantidades en ella inscritas, o desaparecer por el procedimiento de los traslados, por motivos de necesidades administrativas como son, por ejemplo , las de dar preferencia a otros menesteres, etc. Pero aún sin ocurrir ninguna de esteos eventos ni de que haya resistencia por parte de la administración para cumplir la obligación determinada en aquellos actos administrativos, pue

den ser éstos idóneos por sí mismos para forzar ejecutivamente a la administración y obligarla a su cumplimiento . La actuación administrativa, cuyo resultado final es el egreso del tesoro público de una cantidad determinada de dinero no es completa aún. De acuerdo con las normas que rigen la ejecución de los presupuestos -y aunque éstas no son unormes, sino esencialmente variables en cada localidad departamental- no basta que el gasto decretado esté inscrito en la ordenanza del presupuesto sino que este debe subseguir el giro contra el tesoro por parte del funcionario que tiene la competencia para ello.

2.10. REQUISITOS

Se requiere que del documento o la sentencia judicial resulte a cargo del deudor una obligación expresa, clara y exigible, requisitos por separado.

- Obligación Expresa:

Según se dijo la obligación debe constar por escrito en el cual aparezca completamente delimitada. Es decir, que las obligaciones implícitas no pueden ser cobrables ejecutivamente . Los contratos obligan no solo en lo que se expresa en ellos, sino en todas las cosas que emanan de su naturaleza o que por ley a ellos pertenezcan. Lo primero comprende obligaciones implícitas; lo segundo generalmente implica obligaciones cobrables por la vía ejecutiva; pués

la ley las establece explicativamente, como ocurre con el pago de intereses moratorios a la tasa legal, cuando se han pactado.

Tampoco son ejecutables las obligaciones presuntas, salvo que la ley establezca otra cosa, como sucede con la declaratoria de confeso cuando la parte citada a interrogatorio no comparece.

- Obligacón Clara:

La obligación es clara cuando sus elementos resultan com - pletamente determinados en el título, o al menos pueden ser determinables con los datos que aparezcan en él, sin necesidad de recurrir a otros medios. La Corte ha dicho: "Que la obligación sea clara quiere significar que debe ser indubitable, que aparezca de tal forma que la primera lectura del documento se vea nítda, fuera de toda escuri - dad o confusión". "La claridad de la obligación debe es - tar no sólo en la forma exterior del docuemnto respectivo, sino más que todo en el contenido jurídico de fondo. Pero como la obligación es un ente complejo que abarca varios y distintos elementos objeto, sujeto activo, sujeto pasivo, causa, claridad de ella ha de comprender todos sus elemen- tos constitutivos". En síntesis, la obligación ambigua, oscura, dudosa o confusa no presta mérito ejecutivo.

- Obligación Exigible:

El Código suprimió la voz "actualmente", pues era redundan te. La exigibilidad consiste en que no haya condición sus pensiva ni plazo pendientes que hagan eventuales o suspendan sus efectos, pues en tal caso sería prematuro solici - tar su cumplimiento. La exigibilidad debe existir en el momento en que se introduce la demanda. Existen, sin em bargo, casos en que obligaciones cuyo plazo no ha vencido, se convierten en exigibles, porque el dedudor no ofrece seguridaddes o causiones suficientes, según se explicó, pero es necesario seguir un proceso verbal para lograr la extinción del plazo; en este supuesto en virtud de la senten - cia, la obligación es exigible.

En otras hipótesis la obligación se vuelve exigible aunque no haya vencido el plazo, porque la ley lo ordena, sin necesidad de acudir a ningún proceso previo, en virtud de que el cobro judicial de terceros acreedores determina que la obligación se persiga, pues de lo contrario correría el riesgo de no pagarse ni entrar siquiera en colación, por que los bienes del deudor deben rematarse para el para el pago de aquellos acreedores. Tal sucede en los procesos de quiebra y concurso, y cuando los acreedores hipotecarios o prendarios se citan para cobrar créditos garantizados por bienes perseguidos por otros, sean quirografarios o reales.

3. SECUESTRO DE BIENES

3.1. SECUESTRO PREVIO

Todo secuestro es por naturaleza medida de seguridad. Sin embargo, la ley sanciona algunos secuestros como medidas además previas para el resultado o efectividad de una determinada consecuencia jurídica. En estos casos, la denominación de secuestro previo quizá sea necesario a un fin específico. Entonces, es pertinente hablar de secuestro como medida preparartoria, en cuanto se necesita para colocar la actuación procesal en posición de pasar a otra, reservando el nombre de secuestro preventivo para aquellos supuestos en que se puede hablar de otro definitivo.

Así, pues, todo secuestro es cautelar, pero algunos son además medidas necesarias para una consecuencia jurídica, y son preventivas cuando es permitido tomarlos como medida provisional.

galmente, aunque se trate de secuestro cautelar preventivo, pero entonces la diligencia la practicará sin enterar a la parte contra quien se decretó. esto significa que si no es cautelar preventivo o provisional, la diligencia no pue de practicarla sino ejecutoriado el auto que señaló la fe cha y hora.

3.3.1. El Secuestro Judicial. El secuestro judicial pro piamente dicho es actualmente un auxiliar de la justicia que, en su calidad de tal, tiene funciones y deberes pecu liares y está sometido a ciertas reglas singulares, cuyas funciones y deberes son calificados como un oficio público, sin constituir una porfesión.

Sustancialmente se hacen sinónimos depositario y secuestre Pero, procedimentalemnte, el secuestre es una persona natu ralmente a quien el juez le entre los bienes y quien asume el carácter de auxiliar de la justicia, si no lo es ya por parte de la respectiva lista oficial. Mientras que el de positario es aquel a quien el secuestre le deja también en tenencia las cosas bajo su vigilancia y control. El depo- sitarios puede ser una persona natural o jurídica, puesto que la ley autoriza al secuestre para dejar ciertos bienes en almacenes generales, por ejemplo, o cuando le ordena al propio juez depositar dinero en establecimiento bancario o al secuestre depositar los títulos de crédito, joyas y ob jetos preciosos en institución bancaria familiar. El se

la persona contra quien se pide o a terceros puedan causar se con la medida, requisito no exigido normalmente en el meramente provisional o de puro aseguramiento.

3.2. SECUESTRO DE BIENES SUJETOS A REGISTRO

Salvo tal vez los procesos de sucesión y de declaración de quiebra, el secuestro de inmuebles requiere como condición previa o preparartoria el embargo, como lo requieren los muebles sujetos a registro, tales las naves y aeronaves. El secuestro de muebles no sujetos a registro como medida previa o preparatoria se confunde con el embargo (Código de Procedimiento Civil, artículo 681-3). Ver otras palabras: el embargo de cosas corporales muebles no sujetos a registro se consuma con el secuestro. Siempre que el secuestro constituya medida previa, necesita del embargo como medida igualmente previa. En cambio, el secuestro provisional y algunos secuestros preventivos no necesitan de embargo anterior. En el provisional, porque no tiene más finalidad que la de asegurar derechos sobre una universalidad; en los preventivos, porque si recae sobre muebles es el embargo mismo, o, por lo menos, produce efecto semejante, como sucede en el preventivo del ordinario reivindicatorio de cosa mueble.

De manera que cuando las cosas salen del comercio en virtud

Secuestro preparatorio o previo es, por ejemplo, el que ha de practicarse cuando respecto de bien mueble no sujeto a registro haya de cumplirse una obligación, consistente en la suscripción de documento, que la ley llama "medida pre via". Es preparatorio, por cuanto es necesario para que el juez pueda ordenar la escritura o documento. Es igual mente preparatorio del avalúo en los procesos de ejecución, como lo es para el remate, como igualmente, en la declara ción de quiebra.

Es preventivo, cuando la medida de cautela, en el momento en que se pretende, no es indispensable para determinada actuación procesal, sino que mera finalidad de prevención cautelar. Tales, por ejemplo, el secuestro de muebles re clamados en procesos ordinarios de reivindicación; el de muebles e inmuebles ante la ejecutoria del auto ejecutivo; el llamado también provisional de muebles que no puedan guardarse bajo llave y sello y el de inmuebles en procesos de sucesión por causa de muerte; el de muebles e inmuebles en proceso de nulidad y de divorcio de matrimonios civiles de separaciraciones de cuerpos y de bienes y de liquida- ción de la sociedad conyugal.

Por lo general, uno de los requisitos del secuestro preven tivo es la caución o contracautela que el peticionario de be prestar para asegurar el pago de los prejuicios que a

autoriza practicar la diligencia, cuando es puramente cautelar y preventiva, sin enterar a la persona contra quien se decreta, no es menos cierto que la irregularidad de las actuaciones exige la rectitud total en los procederes, incluida la presentación de las providencias.

El juez puede comisionar a funcionario de igual o inferior categoría del lugar donde se hallen los bienes fuera de su sede. Inclusive, para el secuestro y entrega de bienes puede comsionar dentro de su sede. Este poder del juez merece revisarse. En efecto, no se ve la razón, que justifique que dentro de su sede pueda comisionar para la diligencia, cuando para practicar pruebas tiene que sujetarse a incorporarlas él mismo. quizá se diga que el principio en inmediación determina lo segundo. No es razón valedera, porque en la práctica de un secuestro y de una entrega se incorporan también pruebas cuando hay oposición. Muchas veces es definitiva la forma como la diligencia se practica, haciendo justicia a un legítimo opositor y evitando de moras y perjuicios. La comisión dentro de la sede debe conferirse a un funcionario de inferior categoría. Más aquí surge otro inconveniente: es cierto que tanto los funcionarios de inferior categoría como los de superior jerarquía tienen exceso de trabajo y carecen de suficiente experiencia, y que para el secuestro puede comisionarse a funcionarios de policía, puesto que únicamente para pruebas se exi

ge que el comisionado sea "otro" juez; pero se olvida que en la diligencia de secuestro y en la de entrega, como se dijo, hay también muchas ocasiones en que deben incorporarse pruebas y valorarse. De manera que debería sentarse regla similar a la que permite la comisión para incorporar pruebas.

Cuando el funcionario resuelve, pues, comisionar, la designación de secuestre debe hacerla el comitente, sin perjuicio, claro está de que si no ocurre, el comisionado deba reemplazarlo.

En el auto que confiere la comisión, que generalmente es el mismo que decreta la cautela, debe señalarse, además, el término que se le confiere al comisionado para practicar la diligencia, término que, se ente, empieza cuando el funcionario recibe el respectivo despacho comisorio.

Cuando se trata de secuestro cautelar preventivo, el despacho comisorio puede entregarse para su deligenciamiento a la parte que silicitó la cautela. Pero practicada la diligencia, deberá devolverse directamente por el comisionado al comitente, puesto que hay ya otra parte interesada, e inclusive terceros.

El comisionado debe también, como es obvio, señalar hora y fecha para la diligencia, cuyo proveído debe notificarse le

de su embargo, éste es condición para su secuestro, y cuando el embargo se consuma con la inscripción del oficio librado por el juez en la oficina respectiva de registro (bienes inmuebles y naves y aeronaves,), el secuestro, salvo las excepciones legales, es medida previa a otros efectos jurídicos.

Descontado, pues, el secuestro provisional en la sucesión por causa de muerte y en la declaración de bienes vacantes y mostrencos, el secuestro de bienes sujetos a registro solamente puede realizarse inscrita la orden de embargo y allegado el certificado del registro donde conste que la persona contra quien se pidió la medida es verdaderamente, el titular del derecho que se pretende impedir que disponga, desmiembre o limite.

3.3. PRACTICADEL SECUESTRO

En el auto que decreta la medida, el funcionario debe fijar la hora judicial y el día en que comenzará la deligencia, con clara indicación del lugar donde se practicará la aprehensión física de los bienes. Es abiertamente criticable, por prestarse a irregularidades, la forma de algunos funcionarios que dejan los espacios correspondientes en blanco para llenarlos inclusive en manuscrito a la hora de iniciar el diligenciamiento. Si es cierto que la ley

cuestre judicial debería ser siempre una persona jurídica constituida para los fines de guardar y custodiar los bienes secuestrados. Lo que el Estado percibe por cocepto de papel, estampillas, impuesto de timbre y del manejo de los depósitos judiciales, es indiscutiblemente suficiente para estos menesteres y otros que es imperativo organizar para una eficaz administración.

3.4. REMPLAZO Y POSESION

El secuestre judicial es designado normalmente por el juez Sin embargo, estando de acuerdo las partes en el nombre, pueden hacer el nombramiento. Pero como de la disposición se deduce el poder que al respecto les confiere la ley, es para ejercerlo en "el curso del proceso" y para "remplazar al nombrado". Con todo, si con el secuestro se pretende proteger derechos del demandante o presunto demandante, no hay inconveniente jurídico para que, de acuerdo con la persona contra quien se decreta la medida, pueda nombrarlo para el preventivo o provisional.

3.4.1. Requisitos. Aunque expresamente la ley no lo indica, el secuestre debe ser persona capaz de obligarse por sí misma, por razón precisamente de las obligaciones que contrae y las atribuciones que se le confieren legalmente. El secuestre designado por el juez debe formar parte del

cuerpo oficial de auxiliares de la justicia y ser escogido como lo determine el decreto reglamentario. Hasta el momento el gobierno no ha expedido la correspondiente reglamentación, y es dudosa la legalidad de la forma como ahora se aplican los decretos 2204 del 22 de diciembre de 1969, "por el cual se dictan nomas relacionadas con los auxiliares y colaboradores de la justicia , práctica de diligencias, arancel y remuneración de conueces", y del reglamentario 2265 del 31 diciembre del mismo año, "por el cual se reglamentan el artículo 30 de la ley 16 de 1968 y el decreto extraordinario 2204 de 1969, artículo 2o.", puesto que éste quedó en su integridad incorporado en el Capítulo II del Libro Primero, Título I, del Código de Procedimiento Civil y la ley de 1968 fue tácitamente abolida por este estatuto. Por otro lado, la intervención de la Procuraduría Regional en la aprobación del cuerpo oficial de auxiliares de la justicia fue declarada fuera de competencia por el Concejo de Estado, en providencia del 21 de marzo de 1979, expediente 2978.

De modo que es indispensable reglamentar la forma de integrar dicho cuerpo auxiliar, la manera de hacer los nombramientos, los horarios y demás particularidades no previstas en el Código.

3.4.2. Comunicación. Hecha la designación del secuestre

por el juez, se comunicará mediante notificaión personal , y si no pudiere hacerse dentro del día siguiente al nombra miento, por oficio "que un empleado de la secretaría entre gará en la dirección que figure en la lista oficial, de to do lo cual se dejará constancia en el expediente".

3.4.3. Remplazo. Cuando el secuestre estuviere impedido por cualquier causa legal, verbigracia, por desempeñar car go en la rama jurisdiccional o en el ministerio público, se excusará de prestar el servicio, puesto que el cargo no es de obligatoria aceptación, excusa que puede ser verbal, pero debiendo entonces constar en las diligencias; si no toma posesión en tiempo, no ocurre a la diligencia o no cum ple sus funciones en el término que corresponde, debe ser emplazado inmeditamente.

3.4.4. Posesión. La posesión debe tomarla ante el juez que lo designó, sin que deba hacerlo en hora y día prefija da, como quiera que respecto de estos auxiliares no esta belce la ley señalamiento para ello, como lo hace para los peritos. Sin embargo, el comitente puede delegar también la posesión ante el comisionado, como puede inclusive atri buirle el poder para nombrarlo, poder que se entiende con ferido cuando deba remplazar a quién esté impedido, se ex cusa o no concurra a la diligencia, debiendo sujetarse igual mente el comisionado a su lista de auxiliares. La posesión

la toma el secuestre, jurando cumplir bien y fielmente sus deberes, luego de exhibir el respectivo documento de iden tificación, y tiene el deber de indicar la dirección exac ta donde puede encontrársele para todo lo relacionado con su cargo, deber que extiende a informar por escrito cual quie cambio que sobre el particular ocurra. Como en la práctica se presentan muchos casos en que el secuestre, ha biendo recibido muebles, no es hallado para entregar a quien el juez le ordena, y muchas veces se extravían las cosas, convendría considerar si es posible establecer que la dirección indicada en la lista oficial se tiene como la que legalmente corresponde para todo lo relativo a la res ponsabilidad del secuestre, mientras éste no indique otra por escrito. la posesión es necesaria no solo cuando el nombramiento lo hace el juez, sino también de común acuer do lo hacen las partes; igualmente, el nombrado por éstas queda sometido al, mismo régimen especial.

3.5. RELACION DE BIENES

Si es admisible que en las declaraciones de quiebra y en el secuestro provisional en sucesión por causa de muerte, tanto sea necesario describir los bienes materia del se cuestro, como en la resolución del superintendente banca - rio con respecto a las personas inscritos para ejecutar pla nes de urbanización o construcción de vivenda, es obvio que en toda diligencia de esa clase la relación pormenorizada

La ley señala, de una parte, bienes inembargables y, de otra, en algunos casos manda limitar el secuestro. Sobre el punto se hará referencia más adelante.

3.6. OPPOSICION

3.6.1. El Demandado. Conviene advertir, en primer lugar, que para oponerse al secuestro no es menester gozar del ius postulandi, por estar expresamente descrito como uno de los casos de excepción, en cuanto la oposición fuere formulada en nombre propio, y si en nombre de otro, en cuanto la situación la comprenda otra restricción, por ser el lugar cabecera de circuito ni ejercer habitualmente por lo menos dos abogados. Si la diligencia la practica comisionado y en el lugar no ejercen habitualmente por lo menos dos abogados, en la oppsición puede admitirse la excepción para formularla en nombre ajeno, y nada qué decir si la cuestión es de mínima cuantía.

En principio, tiene derecho a oponerse al secuestro toda persona distinta de aquella contra quien se decretó la medida. El profesor Morales Molina cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia según la cual, en las ejecuciones el ejecutado no tiene derecho a oponerse al secuestro, doctrina aplicable a los casos en que la ley autoriza esta tutela y no sólamente al proceso ejecutivo.

El criterio es indiscutible cuando el demandado pretenda oponerse como tal, puesto que las normas le brindan otros medios para obtener, o que no se consume la medida, o para que se levante. En efecto, en los procesos ordinarios le permite, habiendo inscripción de la demanda y sentencia favorable al demandante, prestar caución dentro del término que el juez señale. para asegurar la conservación y restitución de los bienes, sus frutos y productos. En los procesos de divorcio, de nulidad de matrimonio civil y de separaciones de cuerpos y bienes, y de liquidación de la sociedad conyugal, puede solicitar el levantamiento de las medidas que afecten sus bienes propios, mediante incidente, En los procesos de ejecución autoriza al ejecutado para impedir el embargo si presta caución en dinero para el pago del crédito y las costas, suma de dinero que queda ambargada; o para levantar las medidas practicadas si presta caución bancaria o de compañía de seguros por la cuantía que el juez le fije, que garantice la consignación a órdenes del juzgado del valor del crédito y las costas, dentro de los tres días siguientes a la sentencia que desestime las excepciones del auto que acepte el desistimiento de ellas o de la sentencia que ordene continuar la ejecución. Este derecho lo tiene el ejecutado en ejecución singular, puesto que para el pago de obligación con garantía real, el demandado únicamente prestar caución en dinero y en cuanto no hubiere terceros acreedores, por que si se permitiera

sustituir la garantía real por caución bancaria o de compañía de seguros o la intervención de otros acreedores, la seguridad del acreedor quedaría sin eficacia.

De manera que el demandado, como demandado, no puede oponerse al secuestro. Sin embargo, si tiene bienes en su poder ya como tenedor, ya como mero poseedor y no como dueño, parece que alegando un derecho a nombre de tercero de quién recibió tenencia o la posesión de bienes de que no es dueño tiene derecho a oponerse, puesto que los bienes que el demandante denuncia para el secuetro son aquellos que pretende son suyos y que el demandado posee, o aquellos que, habiendo embargado, se denuncian como propios del demandado. El punto es por supuesto discutible y digno de mayor profundización.

3.6.2. Oposición de un Secuentro.

> Las reglas de procedimiento en vigor no son tan explícitas como las que trata sobre el particular la abolida ley 105 de 1931 (artículo 280 y 1013). Pero si hay disposiciones que prevén la prevalencia de embargo, de las cuales se deduce que una misma cosa no puede ser objeto simultáneamente de dos embargos o secuestros, dé base colegie que si el momento del secuestro al juez se le prueba que los bienes ya están secuestrados y que la medida está vigente, tiene que admitir la oposición del secuestro y abstenerse de practicar el segundo. Pero por falta de regla expresa la doctrina ha extendido analógicamente la especial para el secuestro provisional en sucesión por causa de muerte. DEVIS ECHANDIA cita providencia del Tribunal Superios de Bogotá que así lo resolvió.(1)

Es claro que deba probarse la existencia del secuentro y su vigencia, prueba que consiste en la copia auténtica del acta respectiva o su reproducción mecánica autenticada también como atrás se vió, con la constancia de su vigencia.

En este caso especial puede ser el propio demandado quien le demuestre al funcionario la vigencia de un secuestro anterior, para que éste se abstenga de practicarlo. El auto que admita la oposición del secuentre o el que decida abstenerse de practicarlo carece de apelación. Pero el que rechaza- y ese carácter tiene el que en lugar de disponer la abstención dispone su práctica- es apelable en el efecto devolutivo, por cuanto la regla que hace apelable esa decisión solamente prevé su rechazo.

Ahora bien, si el juez admite la oposición del secuestre o dispone abstenerse de secuestrar ante la prueba que se le presenta, inclusive por el demandado, y el demandante insiste, habrá que tramitan incidente para que el demandante demuestre que el secuestro que se alegó no está vigente o que debe prevalecer el que se decretó a su favor. Así se infiere de la norma que regula caso semejante. Los principios de analogía así lo indican, máximo cuando el auto que admi-

1. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil, Tomo I y III, num. 166-1 bis. Bogotá. Edit.ABC. Pág. 372.

La primera es, en las ejecuciones, una aplicación concreta del derecho que al arrendatario se le confiere cuando el acreedor persigue la cosa que éste entregó en arrendamiento y de lo que se prevé para el comodato cuando la cosa es embargada en manos del comodatario. La regla es aplicable también al depositario. Por anología y de la previsión general de procedimiento que habla acertadamente de tenedor, es aplicable al mandatario cuando ha recibido cosas para la ejecución del mandato (Código Civil, artículos 2170,2179 y 2192).

4. EL EMBARGO

4.1. CONCEPTO

El concepto jurídico tiene, lógicamente, como base al lin güístico. Para el Diccionario de la Lengua Española embar go significa, en una de sus acepciones, retención, trabajo secuestro de bienes por mandamiento de juez o autoridad com petente. El embargo expresa el acto de embargar, que, se gún el mismo Diccionario, es retener una cosa en virtud de mandamiento de juez competente, sujetarla a las resultas de un procedimiento o juicio. Para PODETIJ, quien distingue el embargo, preventivo puramente cautelar del embargo pre ventivo previo, el "preventivo es la medida cautelar que afectuando un bien o bienes determinados de un presunto deu dor, para asegurar la eventual ejecución futura, individua liza aquellos y limita las facultades de disposición y de goce de éste, inter se obtiene la pertinente sentencia o condena o se desestima la demanda principal"(2)

---

2. PODETIJ, Ramiro J. Derecho Procesal Civil, Comercial La boral, num.63. Pág.15

en realidad saca del régimen ordinario de disposición de los bienes es la decisión judicial o administrativa. La inscripción de dicho acto por otro funcionario del Estado o la aprehensión material del bien, cuando su tráfico no está sometido a concretas formalidades, así mismo por un funcionario no son más que ejecución del acto, pero que vienen a integrar un todo con él. La inscripción del oficio en que el juez le comunica al registrador de instrumentos públicos y privados el auto (acto judicial) que decretó el embargo, integrase con éste. Igualmente, cuando es necesaria la aprehensión física de la cosa para que se coloque fuera del comercio, la diligencia de secuestro (o depósito, como otras legislaciones la llaman) viene a formar una unidad con el auto que la decretó. No puede pues, jurídicamente, haber inscripción eficaz sin el acto judicial o administrativo que lo ordene, así como el auto sin la inscripción o sin el secuestro es incompleto e ineficaz, puesto que la enajenación del inmueble sujeto a registro antes de la inscripción o del secuestro del mueble no sujeto a registro es plenamente válida, y si hubo mala intención del dueño, la vía para hacer regresar el bien a su patrimonio tiene que irse por los senderos difíciles donde deberán buscarse las pruebas del fraude. Hay una como semejanza entre el derecho y la fuerza, por cuanto el acto solo no evita las conductas alusivas del cumplimiento de obligaciones y porque inscripción o secuestro solos, son arbitrariedad.

4.2. BIENES EMBARGABLES

Por razón de la finalidad de la medida, objeto de embargo no son sino los bienes patrimoniales y en cuanto la ley no lo prohiba, como las excepciones del derecho en sí de alimentos que se deben por ministerio legal, los derechos de uso y habitación, las cosas que expresamente hace inembargables la ley, los bienes sometidos a una forma especial de propiedad, y otras excepciones que, como tales, son de interpretación restrictiva. De ahí que resulte casi pueril recalcar que los derechos extrapatrimoniales y las cosas objeto de esos derechos son inembargables y que el embargo es taxativo o restrictivo.

4.3. EFECTOS DEL EMBARGO

El efecto del embargo es sacar los bienes del comercio o del régimen normal de disponibilidad. De ahí que la ley erija como objeto ilícito la disposición o enajenación del derecho o del bien embargado, a menos que el acreedor consienta o el juez autorice.

Si hay objeto ilícito, el acto de enajenación o de disposición es absolutamente nulo. Empero, nótese que la ilicitud del objeto no proviene de que contraríe el orden público o las buenas costumbres o porque sea acto inmoral, sino por que la ley protege el interés privado y patrimonial del acree

dor. De ahí que introduzca salvedades en virtud de las cua les, no obstante la vigencia del embargo, el acto dispositi vo es válido.

Con todo, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de Diciembre de 1976, cambiando su jurisprudencia con un es tudio profundo, serio y muy ilustrado de su magistrado po nente, el jurista y maestro Ricardo Uribe Holguin, sostiene que salvo que se presente una de las dos excepciones, la nu lidad absoluta por objeto ilícito no se restringe a la dis posición o enajenación, sino que se extiende al negocio cau sal o título. Dijo en lo pertinente el más alto tribunal de justicia del país:

> Adviértase que la tesis que venía sosteniendo la Sala hace caso omiso de la relación esencial, es trecha e indestructible existente entre el con trato, como título, y la tradición, como modo des quiciando el régimen contractual concebido por el señor Bello en punto de obligaciones de dar nota blemente distinto del que consagra el sistema fran cés.
>
> En efecto: con arreglo al Código Civil Colombia no, para que una persona se obligue a otra por acto o contrato, se requiere que esté a más de reunir otros requisitos, recaiga sobre el objeto ilícito (ordinal 3 artículo 1502). Si el objeto es ilícito, el Contrato generador de la obliga- ción es absolutamente nulo, como con toda clari- dad lo pregonan los artículos 1740 y 1741.
>
> La obligación de dar tiene por objeto hacer tra dición de un derecho real, esto es, enajenar. Tal

CONCLUSION

El proceso ejecutivo tiene una particularidad y es que permite en forma anticipada el decreto y la práctica de medidas cautelares. El embargo y secuestro debe solicitarse en escrito separado y forma cuaderno aparte, se realiza con el objeto de asegurar la obligación que se pretende. Previamente el juez ordena que se preste caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar, así mismo lo limita hasta el doble del crédito.

El interesado debe manifestar que los bienes son de propiedad del demandado y lo hace bajo juramento que se considerará prestado con la sola presentación del escrito.

Se ha dicho que el proceso de ejecución está basado en la idea de que toda obligación que conste con certeza en un documento debe encontrar inmediato cumplimiento judicial sin que tenga que pasar por una larga y dispendiosa cognición siendo la definición del título ejecutivo un documento público o privado, que origina en el órgano jurisdiccional competente la obligación de desarrollar su actividad con finalidad

ejecutiva. Estos títulos pueden ser simple, complejo, unila teral, bilateral, legal, judicial, administrativo, parajudi cial o contractual.

BIBLIOGRAFIA

DEVIS ECHANDIA, Hernán. Curso de Derecho Procesal. Librería El Profesional. Bogotá: 1983.

GARCIA SARMIENTO, Eduardo. Medidas Cautelares. Librería El Foro de la Justicia. Bogotá: 1981.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Reforma al Código de Procedimiento Civil. Bogotá: 1990

MURCIA BALLEM, Humberto. La revisión civil. Libreria El Foro de la Justicia. Bogotá: 1984.

PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique. Código de Procedimiento Civil. Editorial Presencia Ltda. Bogotá: 1990.