



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

MEDIDAS CAUTELARES EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

*Investigador: Juan Pablo González Cortés**

*Directora de Investigación: Sandra Avellaneda Avendaño***

*Edición: Ana Lucía Portillo Quintero****

INTRODUCCIÓN

Todo funcionario público y los particulares que ejercen gestión fiscal o contribuyen con ella, son sujetos potenciales de responsabilidad fiscal, por lo que es fundamental, además de ejercer una gestión pública preventiva y eficiente, también conocer de cerca y de forma sencilla las consecuencias que se pueden generar en desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal, entre ellas las relacionadas con las medidas cautelares que puede adoptar el órgano de control fiscal frente a los implicados.

El presente artículo tiene como objetivo determinar qué bienes son embargables y cuáles no dentro de un proceso de responsabilidad fiscal. Es importante aclarar este asunto ya que existen muchos aspectos que presentan vacíos teóricos y que vale la pena estudiar de forma tal que se genere mayor claridad y seguridad frente al asunto. Para ello, en primer lugar, haremos referencia a la noción de medidas cautelares, centrándonos en el embargo. Posterior a esto, destacaremos los bienes que según el ordenamiento jurídico son inembargables. De igual forma, analizaremos algunos bienes que no obstante siendo inembargables, pueden excepcionalmente



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

ser embargados. De manera ulterior, examinaremos la sentencia C-840 de 2001 la cual aclara algunos temas sobre las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal. Finalmente, realizaremos algunas reflexiones acerca de lo estudiado.

I. Medidas cautelares

Las medidas cautelares o preventivas son un mecanismo a través del cual se busca asegurar los resultados de un proceso judicial o administrativo. La finalidad de las medidas cautelares es evitar que los bienes de quien adeuda una suma de dinero, o que potencialmente lo pueda hacer, se vendan, enajenen, extingan o deterioren.

I.I Medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal

Siguiendo la misma finalidad descrita para las medidas cautelares, en el caso en concreto de la Responsabilidad Fiscal son una herramienta que la Contraloría puede usar:

- En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 610 de 2000.
- Cuando existen obligaciones dinerarias en firme a favor de la Contraloría respectiva.

Como lo explica el Manual de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República (2013), el criterio más importante para determinar la medida es la eficacia, razón por la cual se puede dirigir a los bienes que ofrezcan mejores resultados para asegurar el pago de la deuda.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

El artículo 12 de la ley 610 de 2000 es la disposición que regula principalmente las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal que adelanta la CGR. Allí se establecen varios puntos importantes, a saber:

1. Se indica que las medidas cautelares se podrán decretar en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal. Esta misma disposición establece que estas medidas se extenderán hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento en que se emita fallo de responsabilidad fiscal.
2. El monto de la medida debe ser suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario público.
3. Se indica que el funcionario que la decreta no necesita prestar caución, pero que en todo caso éste responderá por los perjuicios que se generen en caso de haber obrado con temeridad o mala fe.
4. Se determina cuándo se puede levantar el embargo sobre los bienes, a saber: cuando se decreta auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal. En estos eventos la Contraloría ordenará el desembargo en la misma providencia.
5. Se establece que también se podrá solicitar desembargo en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante el tribunal competente. En estos últimos dos eventos se requiere que se constituya garantía real, bancaria expedida por compañía de seguros, que sea suficiente para amparar el pago del presunto desmedro al erario público y que sea aprobada por quien decretó la medida.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

Por su parte, en el artículo 41 de la misma norma, se determina que el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal debe contener, entre otros puntos, lo siguiente: “7. Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original). Cuando hagamos referencia a la sentencia C-840 de 2001 ahondaremos sobre este tema.

Ahora bien, la Ley 1474 de 2011, que consagra el proceso verbal de responsabilidad fiscal aplicable en los casos previstos en su artículo 97, determina en su artículo 98 que el auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal procederá cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal. Por su parte en su artículo 99 indica que en la audiencia de descargos se notificarán las medidas cautelares. De otro lado, el artículo 103 de la misma norma hace referencia expresa al decreto de medidas cautelares especificando lo siguiente:

“En el auto de apertura e imputación, deberá ordenarse la investigación de bienes de las personas que aparezcan como posibles autores de los hechos que se están investigando y deberán expedirse de inmediato los requerimientos de información a las autoridades correspondientes.

Si los bienes fueron identificados en el proceso auditor, en forma simultánea con el auto de apertura e imputación, se proferirá auto mediante el cual se decretarán las medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un detrimento al patrimonio del Estado. Las medidas cautelares se ejecutarán antes de la notificación del auto que las decreta. (...).”

Es de mencionar que la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría de Antioquia (2015), hace en este sentido una diferenciación entre el procedimiento de la ley 610 y el de la ley 1474, que



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

vale la pena mencionar a efectos de la integralidad de este análisis, haciendo la salvedad de que no lo compartimos por las razones que expondremos más adelante. Así, recogemos a continuación la posición referida, según la cual para que se expida auto de apertura y en efecto se decreten medidas cautelares el estándar varía en ambos procedimientos. Manifiesta la Contraloría de Antioquia que en el de la ley 610 para expedir auto de apertura no se requiere que haya certeza sobre el daño patrimonial al Estado ni prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal. En lugar de ello, la apertura del proceso está encaminada precisamente a esclarecer lo anterior.

Indica la Contraloría Territorial que lo anterior dista de lo que ocurre en el procedimiento verbal consagrado en la ley 1474 de 2011, en el que para que se expida auto de apertura del proceso se especifica la necesidad que *“se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal”*.

Así las cosas, explica la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de Antioquia, en el concepto 2015300002667, que aunque en el procedimiento de la Ley 610, se contempla que se pueden decretar medidas cautelares en el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, esto no ocurre en la práctica ya que en este momento procesal todavía existen muchas dudas en cuanto al daño patrimonial, el responsable y los nexos causales. Lo anterior, en contraste, se insiste, con el procedimiento verbal de la ley 1474 en la que sí existe mayor certeza frente a estos asuntos. Ello conlleva a la referida Oficina Jurídica a afirmar que, por la vía del procedimiento verbal, de manera forzosa en el auto de apertura del proceso, se deban decretar las medidas cautelares puesto que no habría excusa de que falte certeza al respecto.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

Tal como lo plantea el concepto referido, en el procedimiento previsto en la Ley 610 las medidas cautelares se pueden decretar en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal, siendo la primera oportunidad legal el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal y no antes. En el evento de que sean decretadas en el auto de apertura estas deben hacerse efectivas antes de la notificación de este auto a los presuntos responsables. Este decreto de medidas cautelares en el auto de apertura es optativo y no automático y en términos prácticos casi nunca ocurre ya que aún existe mucha incertidumbre frente al daño patrimonial, el responsable y los nexos causales. Esta es una posición que no compartimos, por cuanto el artículo 41 de la Ley 610 de 2000 establece que dentro del contenido mínimo del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá encontrarse la determinación del daño patrimonial al Estado y la estimación de su cuantía (numeral 5).

Ahora bien, afirma la Contraloría General de Antioquia que distinto es el escenario tratándose del procedimiento verbal previsto en la ley 1474 de 2011. Indica dicha instancia de control que allí las medidas cautelares, en principio, se deben decretar en el auto de apertura del proceso e imputación. Frente a este tema también diferimos de lo dicho por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría de Antioquia, ya que no es siempre que se expida auto de apertura del proceso de imputación, que se deben decretar medidas cautelares. Las medidas cautelares procederán, como lo aclara el artículo 103 de la ley 1474, “cuando los bienes hayan sido identificados en el proceso auditor” de otro modo, se procederá en el auto de apertura a ordenarse la investigación de estos bienes y a requerir a las autoridades correspondientes. El artículo indica que las mismas medidas cautelares deben notificarse en la audiencia de descargos de la cual



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

habla el artículo 99 de la referida ley, por lo que, en todo caso, las medidas se deberían decretar y hacer efectivas antes de esta audiencia.

En el siguiente apartado nos enfocaremos en los bienes inembargables en el ordenamiento jurídico colombiano, haciendo énfasis en el proceso de responsabilidad fiscal. Veremos que si bien muchos de ellos son en principio inembargables, la ley consagra situaciones excepcionales en las cuales se pueden embargar.

I.I.I Bienes inembargables

Como ocurre en la jurisdicción civil, los bienes embargables son aquellos que son de propiedad del deudor. La regla general es que todos los bienes son embargables. No obstante, existen una serie de bienes sobre los que el funcionario ejecutor no puede decretar medida cautelar de embargo, los cuales revisaremos a continuación.

El Código General del Proceso en su artículo 594, contempla los bienes considerados como inembargables, los que corresponden tanto a personas de derecho público o a personas de derecho privado:

“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.

2. Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

3. Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.

Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.

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.

5. Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deben anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

6. Los salarios y las prestaciones sociales en la proporción prevista en las leyes respectivas. La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados.

7. Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios.

8. Los uniformes y equipos de los militares.

9. Los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos.

10. Los bienes destinados al culto religioso de cualquier confesión o iglesia que haya suscrito concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.

11. El televisor, el radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

12. El combustible y los artículos alimenticios para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un (1) mes, a criterio del juez.

13. Los derechos personalísimos e intransferibles.

14. Los derechos de uso y habitación.

15. Las mercancías incorporadas en un título-valor que las represente, a menos que la medida comprenda la aprehensión del título.

16. Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales.

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

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

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

De otro lado, el Estatuto Tributario dispone en el artículo 837-I modificado por el artículo 34 la Ley 1430 de 2010 la inembargabilidad de: i) La suma equivalente a 25 smlmv depositados



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

en la cuenta de ahorro más antigua del titular, ii) Los bienes afectados con patrimonio de familia inembargable, iii) Con afectación a vivienda familiar, y iv) Las cuentas de depósito en el Banco de la República.

En el Manual de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República (2013), se contemplan los siguientes bienes como inembargables:

“La constitución de un patrimonio de familia sobre el dominio pleno de un bien inmueble que no posea con otra persona proindiviso, ni esté gravado con hipoteca, censo o anticresis y cuyo valor en el momento de la constitución no sea mayor de doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales vigentes. (Artículos 1 y 3 de la Ley 70 de 1936 modificada por la Ley 495 de 1999 y artículo 34 de la Ley 1430 de 2010 que modificó el artículo 837 del ET);

El bien inmueble adquirido en su totalidad por uno o ambos cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio destinado a la habitación de la familia se entiende afectado a vivienda familiar por ministerio de la ley, (arts. 1 y 2 de la Ley 258 de 1996), y es inembargable, a menos que sobre estos se hubiese constituido hipoteca con anterioridad al registro del gravamen, o construcción o mejora. (Art. 7 ibídem y artículo 34 de la Ley 1430 de 2010 que modificó el artículo 837 del ET).

El salario mínimo legal o convencional y las cuatro quintas partes del excedente es inembargable, salvo que se trate de créditos con Cooperativas legalmente autorizadas o para cubrir pensiones alimenticias. En los dos casos, la excepción opera hasta el 50% del salario o su excedente. Podrá embargarse hasta una quinta (1/5) de lo que exceda el salario mínimo legal o convencional (arts. 154 a 156 CST¹).

Las prestaciones sociales cualesquiera que sea su cuantía, excepto cuando sean créditos con Cooperativas legalmente autorizadas o por pensiones alimenticias, hasta el máximo del 50%. (Art. 344 CST).

¹ Código Sustantivo del Trabajo.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

Las pensiones otorgadas bien sea en el régimen de ahorro individual con solidaridad, o bien del régimen de prima media con prestación definida, salvo, que se persiga el cobro de créditos debidos a cooperativas o por concepto de pensión alimentaria. (Art. 134 Ley 100 de 1993).

Las sumas depositadas en la sección de ahorros de las entidades bancarias o de las corporaciones de ahorro y vivienda hasta en la cantidad que determine la ley. Numeral 4 del artículo 126 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Los recursos de los fondos de pensiones pertenecientes a uno y otro régimen y las reservas contempladas en el de prima media con prestación definida. (Art. 134 Ley 100 de 1993).

*Las sumas abonadas a las cuentas individuales y las destinadas a cubrir los seguros de invalidez y de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad. (Art. 134 de la Ley 100 de 1993)”.
Una vez obtenido este panorama general de los bienes que no se pueden embargar, pasaremos a repasar el caso puntual de distintos bienes que, si bien en principio son inembargables, contienen excepciones que hacen posibles que sean embargables en determinados casos.*

Una vez obtenido este panorama general de los bienes que no se pueden embargar, pasaremos a repasar el caso puntual de distintos bienes que, si bien en principio son inembargables, contienen excepciones que hacen posibles que sean embargables en determinados casos.

I.1.2. Excepciones a la inembargabilidad

a) Bienes con afectación a vivienda familiar

Este tema constituye uno de los asuntos más álgidos en lo que a la medida cautelar de embargo en el proceso de responsabilidad fiscal se refiere. Al respecto, vale decir que, si bien en un principio se consideró que no era posible embargar este tipo de bienes vía un proceso de responsabilidad fiscal, esto quedó en entredicho conforme a un concepto de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República con radicado 2013IE0029144 del 17 de abril (2013). Así pues, repasaremos a continuación toda la línea doctrinal de conceptos de la oficina jurídica a este respecto.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

Vale decir que revisando la normativa en principio se puede afirmar que no es posible embargar un bien con afectación a vivienda familiar salvo en dos eventos. Al respecto, la Ley 258 de 1996², encargada de regular esta materia, en su artículo 7 indica lo siguiente:

“Artículo 7. Inembargabilidad. Los bienes inmuebles bajo afectación a vivienda familiar son inembargables, salvo en los siguientes casos:

- 1. Cuando sobre el bien inmueble se hubiere constituido hipoteca con anterioridad al registro de la afectación a vivienda familiar.*
- 2. Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar préstamos para la adquisición, construcción o mejora de la vivienda”.*

De forma tal que en los únicos dos eventos donde se podría embargar un bien inmueble con afectación a vivienda familiar son los dos casos citados. En todos los demás casos no es posible embargar dicho bien. Sobre esta materia no existe discusión y podría decirse existe consenso, incluso en la misma Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República.

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto del I de julio de 2005 con radicado 80112- EE 36435 (Contraloría General de la República, 2005) , se pronunció frente a esta materia reafirmando que los bienes con afectación a vivienda familiar son inembargables, exceptuándose: primero, si con anterioridad al registro de la afectación se ha constituido hipoteca o, segundo, si se ha constituido hipoteca para garantizar préstamos para la adquisición, construcción o mejora de vivienda. De manera que la CGR, ratifica que las anteriores dos situaciones son las únicas excepciones en las que es posible embargar un bien con afectación a vivienda familiar.

² "Por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones"



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

Ahora bien, el tema del *levantamiento* de la afectación a vivienda familiar para poder embargar, no es pacífico. En el concepto con radicado 2013IE0029144 del 17 de abril de 2013, la Oficina Jurídica de la CGR, manifiesta que la Dirección de Jurisdicción Coactiva podía solicitar el levantamiento de afectación a vivienda familiar a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria que establecían los artículos 649 y siguientes del CPC. El fundamento de lo anterior era el artículo 649 numeral 12 del derogado Código de Procedimiento Civil como lo explica la Oficina Jurídica de la CGR. El artículo referido disponía lo siguiente:

“ARTÍCULO 649. Asuntos sujetos a su trámite. Se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes asuntos:

1. La licencia que soliciten el padre o madre de familia o los guardadores para enajenar o gravar bienes de sus representados, o para realizar otros actos que interesen a éstos, en los casos en que el Código Civil u otras leyes la exijan.

2. Derogado por la Ley 27 de 1977

3. La licencia para la emancipación voluntaria.

4. La designación de guardador, cuando no corresponda a los jueces de menores. Modificado por el art. 41, Ley 1306 de 2009.

5. La declaración de ausencia.

6. La declaración de muerte presuntiva por desaparecimiento.

7. La interdicción del demente o sordomudo y su rehabilitación. Modificado por el art. 41, Ley 1306 de 2009.

8. Derogado. L. 27/77.

9. La autorización requerida en caso de adopción, cuando no corresponda a los jueces de menores.

10. La insinuación para donaciones entre vivos.

11. La corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o del nombre, o anotación del seudónimo en actas o folios del registro de aquél, según el (sic) de 1970.

***12. Cualquier otro asunto de jurisdicción voluntaria que no tenga señalado trámite diferente.** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

Aclaró en todo caso la Oficina Jurídica en el referido concepto, que si llegase a proceder el levantamiento de la afectación de vivienda familiar, se deberá, como es natural embargar dicho bien en el entendido de que lo que se busca con el levantamiento de afectación a vivienda familiar es precisamente poder embargarlo.

De otro lado, en concepto con radicado 2016EE0104821 del 19 de agosto de 2016 (Contraloría General de la República, 2016), se señaló que los bienes afectados a vivienda familiar cuentan con el beneficio de inembargabilidad. No obstante, la Oficina Jurídica, indica que es posible levantar la afectación de vivienda familiar en los casos señalados en el artículo 4 la ley 258 de 1996 que son los siguientes:

“Artículo 4. Levantamiento de la afectación. Ambos cónyuges podrán levantar en cualquier momento, de común acuerdo y mediante escritura pública sometida a registro, la afectación a vivienda familiar.

En todo caso podrá levantarse la afectación, a solicitud de uno de los cónyuges, en virtud de providencia judicial en los siguientes eventos:

- 1. Cuando exista otra vivienda efectivamente habitada por la familia o se pruebe siquiera sumariamente que la habrá; circunstancias éstas que serán calificadas por el juez.*
- 2. Cuando la autoridad competente decrete la expropiación del inmueble o el juez de ejecuciones fiscales declare la existencia de una obligación tributaria o contribución de carácter público.*
- 3. Cuando judicialmente se suspenda o prive de la patria potestad a uno de los cónyuges.*
- 4. Cuando judicialmente se declare la ausencia de cualquiera de los cónyuges.*
- 5. Cuando judicialmente se declare la incapacidad civil de uno de los cónyuges.*
- 6. Cuando se disuelva la sociedad conyugal por cualquiera de las causas previstas en la ley.*



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

7. Por cualquier justo motivo apreciado por el juez de familia para levantar la afectación, a solicitud de un cónyuge, del Ministerio Público o de un tercero perjudicado o defraudado con la afectación.

Parágrafo 1. En los eventos contemplados en el numeral segundo de este artículo, la entidad pública expropiante o acreedora del impuesto o contribución, podrá solicitar el levantamiento de la afectación.

Parágrafo 2. Modificado por el art. 2, Ley 854 de 2003. La afectación a vivienda familiar se extinguirá de pleno derecho, sin necesidades de pronunciamiento judicial, por muerte real o presunta de uno o ambos cónyuges”.

En el concepto referido la Oficina Jurídica de la CGR, subraya y pone en negrilla el numeral 7 de este artículo 4, a saber, “*7. Por cualquier justo motivo apreciado por el juez de familia para levantar la afectación, a solicitud de un cónyuge, del Ministerio Público o de un tercero perjudicado o defraudado con la afectación.*” Por lo que se entendería que esta es la vía por la cual la Oficina Jurídica avala que se pueda embargar un bien con afectación a vivienda familiar, previo, claro está, al levantamiento de la afectación a vivienda familiar de dicho bien, que en todo caso debe ser decretado por el juez de familia. Al respecto, indica la Oficina Jurídica de la CGR que este levantamiento de la afectación se debe llevar a cabo a través del **proceso verbal sumario** establecido en la legislación, a través del juez de familia del lugar de ubicación del inmueble.

Como se puede ver en este concepto, el procedimiento por medio del cual habría que llevar el levantamiento varía con respecto al concepto con radicado 2013IE0029144 del 17 de abril de 2013. Al revisar la Ley 258 de 1996, norma que regula lo relativo a la afectación a vivienda familiar, es claro que el procedimiento por medio del cual se debe tramitar el levantamiento es el proceso verbal sumario tal como lo establece artículo 10 de la referida ley:



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

“Artículo 10. Procedimiento judicial. Para la constitución, modificación o levantamiento judicial de la afectación a vivienda familiar será competente el juez de familia del lugar de ubicación del inmueble, mediante proceso verbal sumario”.

Ahora bien, en concepto reciente de la misma oficina jurídica con radicado 2017EE0104608 (Contraloría General de la República, 2017), se reafirman las posturas que hemos venido explicando. Sobre el particular, se reitera que los bienes con afectación a vivienda familiar son inembargables. Por otro lado, en este concepto se aclara que la afectación a vivienda familiar de un bien se puede levantar en un proceso de responsabilidad fiscal vía el artículo 4 numeral 7 de la Ley 258 de 1996.

Este concepto hace referencia también al hecho de que se debe tener en cuenta el rango constitucional de la afectación a vivienda familiar y que es una medida para proteger económicamente el núcleo familiar. El concepto toca de igual forma otra cuestión muy importante como es que cualquier decisión que involucre el interés de menores de edad debe atender la Ley 1098 de 2006- Código de la Infancia y la Adolescencia. Todo ello indica el carácter restrictivo del levantamiento de la afectación a vivienda familiar.

Se confirma en este pronunciamiento que la competencia para levantar la afectación a vivienda familiar es del juez de familia en única instancia, de acuerdo al artículo 21 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso):

*“Artículo 21. Competencia de los jueces de familia en única instancia. Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos:
(...)”*



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

12. De la constitución, modificación o levantamiento de la afectación a vivienda familiar, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios”.

De lo anterior, se puede colegir lo siguiente:

- Que un bien inmueble con afectación a vivienda familiar por regla general es inembargable.
- Excepcionalmente un bien inmueble con afectación a vivienda familiar se puede embargar: primero, si con anterioridad al registro de la afectación se ha constituido hipoteca o, segundo, si se ha constituido hipoteca para garantizar préstamos para la adquisición, construcción o mejora de vivienda.
- Que la Oficina Jurídica de la CGR, en su concepto del 1 de julio de 2005 con radicado 80112- EE 36435, reafirma la posición según la cual los bienes inmuebles con afectación a vivienda familiar por regla general son inembargables y solo pueden ser embargados si se encuentran inmersos en las excepciones legales descritas.
- Que la Oficina Jurídica de la CGR, en sus conceptos 2013IE0014983 y 2016EE0104821 expresa que no obstante aunque un bien inmueble con afectación a vivienda familiar no puede ser embargado directamente en un proceso de cobro coactivo de la Contraloría, sí se puede solicitar el levantamiento de la afectación a vivienda



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

familiar para después de obtener la providencia favorable en este sentido, hacer el respectivo proceso. El fundamento jurídico difiere en los dos conceptos citados.

	2013IE0029144	2016EE0104821
<u>Fundamento jurídico</u>	Numeral 2 del artículo 4 de la ley 258 de 1996	Numeral 7 del artículo 4 de la ley 258 de 1996

- En relación con el fundamento jurídico utilizado en el concepto 2013IE0029144 , en este acápite observamos que el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 258 de 1996 no es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, toda vez que en este proceso no se da ninguno de los supuestos de hecho de dicho numeral, por cuanto la Contraloría no tiene competencia para decretar la expropiación del inmueble, es un órgano de carácter administrativo y no jurisdiccional, luego no es juez de ejecuciones fiscales, ni los fallos con responsabilidad son actos declarativos de la existencia de una obligación tributaria o contribución de carácter público.
- Es así que en el último concepto (2017EE0104608), la Contraloría retoma la línea que había mantenido hasta antes del concepto 2013IE0029144, y se reafirma en que el fundamento jurídico para el levantamiento es el numeral 7 del artículo 4 de la Ley 258 de 1996.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

- En el concepto 2017EE0104608, se pone de presente la naturaleza restrictiva de este levantamiento en tanto que la afectación a vivienda familiar tiene rango constitucional e involucra menores de edad.

De lo observado se puede concluir que la Contraloría puede válidamente solicitar el levantamiento de la afectación a vivienda familiar ante *el Juez de Familia del lugar de ubicación del inmueble*, **cuando la afectación constituya un perjuicio o defraudación al patrimonio público**, tal como la explica el último concepto 2017EE0104608, situación que debe ser suficientemente probada por la Contraloría en caso que decidiera acudir a la solicitud de levantamiento de la referida afectación y la cual debe ser excepcional en virtud de la naturaleza de la afectación a vivienda familiar.

b) Cuentas de ahorro

Otra materia importante frente a los embargos es el tema de las cuentas de ahorro: ¿Son embargables? En principio sí, pero en el monto que supere el valor inembargable señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios. Como lo establece el numeral 2 del artículo 594 del CGP:

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

2. Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios”.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

La Superintendencia Financiera en el artículo 2° del Decreto 564 de 1996³ promulga que a partir de ese año, anualmente se reajustarán con base en el IPC las sumas inembargables.

Según se indicó en la Carta Circular No. 77 del 10 de octubre de 2017, de la Superintendencia Financiera, el monto señalado por la autoridad competente, es de hasta treinta y cuatro millones ochocientos setenta y ocho mil ciento setenta y ocho pesos (\$34.878.178). Este comprende el periodo del 1 de octubre de 2017 al 30 de septiembre de 2018. Es decir, que lo que esté por encima de este valor en la cuenta de ahorros podrá ser embargado. Por ejemplo, si en la cuenta de ahorros se tienen \$50.000.000, solo se podrá embargar \$15.121.822. El resto (\$34.878.178), por la disposición legal referida, es inembargable.

La Superintendencia Financiera ha considerado que para aplicar la regla de inembargabilidad de los depósitos de ahorro⁴: *“Cuando la persona posee más de una cuenta de ahorros se considera que deberá sumarse el saldo existente en cada una de ellas, y el monto que exceda podrá ser objeto de medida cautelar”*. Al respecto ha expresado la Superfinanciera que: *“Una interpretación contraria, podría conllevar a que las personas utilizaran el mecanismo de abrir*

³ Por el cual se reajustan los montos de inembargabilidad y exención de juicio de sucesión de los depósitos de ahorro constituidos en las corporaciones de ahorro y vivienda y en las secciones de ahorro de los bancos. **ARTÍCULO 2.** Los límites aquí señalados rigen hasta el 30 de septiembre de 1996, fecha en la cual se reajustarán anualmente de forma automática, con base en el índice anual promedio de precios para empleados suministrado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. La *Superintendencia Bancaria divulgará los valores reajustados. ***Nota de Interpretación:** Léase Superintendencia Financiera.

⁴ No es exclusivo de los establecimientos bancarios sino también se extiende a los depósitos de ahorros constituidos en cualquier otro establecimiento de crédito.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

varias cuentas de ahorro para eludir las medidas cautelares ordenadas por los jueces”
(Superintendencia Financiera, 2011).

Es de resaltar que esta regla sería aplicable al proceso de responsabilidad fiscal y al cobro coactivo de competencia de la Contraloría General de la República, toda vez que la única norma especial al respecto se encuentra en materia tributaria, contexto en el cual el beneficio de inembargabilidad aplica sólo para una cuenta de la persona natural, pues el artículo 837-I referido señala que el límite de inembargabilidad es de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, depositados en la cuenta de ahorros más antigua de la cual sea titular el contribuyente.

c) Salario

Únicamente se puede embargar lo que exceda el salario mínimo legal vigente y sobre esto solo la quinta parte. El Código Sustantivo del Trabajo es claro al regular este tema: en el artículo 154 encontramos que se establece que no se puede embargar el salario mínimo legal o convencional. De otro lado, en el artículo 155 de la misma norma se indica que el excedente del salario mínimo mensual solo es embargable en una quinta parte.

Así las cosas, si por ejemplo mi salario es de \$5.000.000, solo sería susceptible de embargo la quinta parte que exceda el salario mínimo; en este caso, solo serían embargables \$852.456, teniendo en cuenta que esta es la quinta parte del valor que excede el salario mínimo (\$737.717 para el año 2017). Es decir, es la quinta parte de \$4.262.283.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

Excepcionalmente, se puede embargar más de la quinta parte cuando se trate de créditos alimentarios y de créditos con cooperativas legalmente autorizados. En estos dos casos el salario es embargable hasta en un 50%.

d) Pensiones

En el proceso de responsabilidad fiscal no es posible, ya que la única excepción legal es de embargos relacionados con pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas. El artículo 134 numeral 5 de la ley 100 de 1993 es claro a este respecto:

“Artículo 134. Inembargabilidad. Son inembargables: (...)

1. Las pensiones y demás prestaciones que reconoce esta Ley, cualquiera que sea su cuantía, salvo que se trate de embargos por pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia”.

e) Aportes a fondos voluntarios de pensiones o pensiones provenientes de estos fondos

Frente a este punto lo primero que hay que hacer es diferenciar entre aportes y cotizaciones a fondos de pensiones voluntarios y las pensiones y/o prestaciones propiamente dichos. Al respecto en primer lugar haremos referencia a la embargabilidad de aportes o cotizaciones. El párrafo del artículo 134 de la Ley 100 de 1993 señala lo siguiente:

“Parágrafo. No obstante lo dispuesto en el presente artículo, las cotizaciones voluntarias y sus rendimientos financieros solo gozarán de los mismos beneficios



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

que la Ley concede a las cuentas de ahorro en UPAC, en términos de inembargabilidad”.

En este sentido, la embargabilidad de los aportes o cotizaciones en pensiones voluntarias tiene el mismo régimen que las cuentas de ahorro. Como fue mencionado, las cuentas de ahorro gozan de un beneficio de inembargabilidad por el monto señalado por la autoridad competente que, como indicamos también, es la Superintendencia Financiera. Este límite de embargabilidad de depósitos de ahorro también se encuentra previsto en el Decreto 2349 de 1965.

Vale la pena hacer referencia también al hecho que podrá ser embargable en su totalidad el monto del aporte o cotización en tratándose de créditos alimentarios.

Ahora bien, en cuanto a las pensiones propiamente dichas provenientes de estos fondos de pensiones voluntarios hay que decir que aplica el mismo régimen que para pensiones de fondos obligatorios. Recordemos el artículo de la ley 100 que regula este tema:

“Artículo 134. Inembargabilidad. Son inembargables: (...)

2. Las pensiones y demás prestaciones que reconoce esta Ley, cualquiera que sea su cuantía, salvo que se trate de embargos por pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia”.

De lo cual se sigue que las pensiones provenientes de fondos de pensiones voluntarios no son embargables en un proceso de responsabilidad fiscal, ya que la única excepción con respecto a esta inembargabilidad es frente a créditos alimentarios o a favor de cooperativas. La razón de aplicar el mismo artículo que para pensiones en fondos obligatorios se encuentra en el párrafo



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

segundo del artículo 135 de la misma ley 100 que establece lo siguiente (Superintendencia Financiera, 1997)⁵:

“Parágrafo 2o. Las disposiciones a que se refieren el presente artículo y el artículo anterior, serán aplicables, en lo pertinente, a los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987 y a los seguros privados de pensiones”.

2. Estudio de la sentencia C-840 de 2001

La sentencia C-840 de 2001 resolvió la demanda de varios artículos de la Ley 610 de 2000 entre ellos el referido artículo 12 y 40 relativos a las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal que adelanta la Contraloría. Así pues, la Corte Constitucional procede a determinar si estas normas demandadas son inconstitucionales y por ende deben ser removidas del ordenamiento jurídico.

Frente al artículo 12 de la Ley 610 de 2000 el demandante indica que este no se acompasa con el artículo 90 de la Carta Política, ya que este dice que únicamente los servidores públicos responderán por culpa grave y dolo. Con respecto al artículo 12 la Corte Constitucional hace las siguientes precisiones:

Que la temeridad descrita en este artículo equivale a la de culpa grave consagrada en el Código Civil por lo cual se acompasa y no va en contra de las formas de culpabilidad que consagra la constitución en su artículo 90.

⁵ En el concepto 2003036237-3 de la Superintendencia Financiera se reafirma esta posición.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

Que la mala fe se entiende cuando el funcionario decreta medidas cautelares que por su misma desproporción acusen irregularidades que fueron conocidas por él y que pese a su conocimiento expida el acto que genere perjuicios en los derechos patrimoniales del procesado.

Concluye diciendo que: *“ Cuando el respectivo servidor público obre con temeridad o mala fe al decretar las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el Estado debe responder primeramente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la subsiguiente repetición que debe ejercer contra aquél”.*

El demandante alega que el artículo 40 de la ley 610 de 2000, va en contravía de los artículo 29 y 83 de la Constitución ya que señala que, según él, en el auto de apertura se deben decretar automáticamente medidas cautelares. Con respecto a este asunto la Corte Constitucional aclara lo siguiente con respecto a la oportunidad para decretar las medidas cautelares:

“En esta perspectiva las medidas cautelares pueden ser decretadas en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal, habida consideración de las pruebas que obren sobre autoría del implicado, siendo la primera oportunidad legal para el efecto la correspondiente a la expedición del auto de apertura de proceso de responsabilidad fiscal. No antes”.

La Corte también aclara que no es que en el auto de apertura se decreten las medidas cautelares de manera automática. Sino por el contrario como lo expresa la norma, aquellas “a que hubiera lugar”, de manera que solo se decretarán cuando procedan y que para ello el funcionario debe observar los dictados del debido proceso y la prevalencia de lo sustancial sobre las formas.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

Así las cosas, finalmente el Tribunal Constitucional decide declarar exequibles, es decir, no remover del ordenamiento jurídico las normas demandadas por las razones expuestas.

3. Reflexiones finales

A partir de lo estudiado se puede concluir lo siguiente:

- Las medidas cautelares pueden ser decretadas en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal siendo la primera oportunidad para ello el auto de apertura del proceso.
- Por regla general todos los bienes del procesado son embargables, no obstante existen varias excepciones legales al respecto.
- Los bienes que son en principio inembargables pueden ser excepcionalmente embargados en varias situaciones contempladas en la ley.
- Un bien con afectación a vivienda familiar es inembargable directamente en un proceso de responsabilidad fiscal.
- No obstante, la Contraloría puede solicitar el levantamiento de la afectación a vivienda familiar para posterior a ello, si obtiene sentencia favorable, proceder a embargar el bien.
- El levantamiento de la afectación a vivienda familiar se debe hacer ante el juez de familia y debe sujetarse al procedimiento de jurisdicción voluntaria.
- Esta solicitud de levantamiento de afectación a vivienda familiar es restrictiva teniendo en cuenta el rango constitucional de los bienes con afectación a vivienda familiar. Que la afectación a vivienda familiar es una medida para proteger



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

económicamente el núcleo familiar, a sabiendas de que muchas veces se encuentran menores involucrados.

- En un proceso de responsabilidad fiscal son embargables las cuentas de ahorro, en un monto que exceda el señalado por la Superintendencia Financiera como inembargable. Aplica la misma regla para los aportes a fondos voluntarios de pensiones.
- En un proceso de responsabilidad fiscal se puede embargar únicamente la quinta parte de lo que exceda el salario mínimo legal vigente.
- En un proceso de responsabilidad fiscal no es posible embargar pensiones. Aplica la misma regla para las pensiones provenientes de fondos voluntarios de pensiones.

BIBLIOGRAFÍA

Contraloría General de Antioquía. (2015). Concepto radicado 2015300002066, 11 de marzo.

Contraloría General de la República. (2005). Concepto radicado 80112- EE 36435, 1 de julio.

_____. (2013). Concepto radicado 2013IE0029144, 17 de abril.

_____. (2013). Manual de Jurisdicción Coactiva, 21 de noviembre. versión 2.1.

_____. (2016). Concepto radicado 2016EE0104821, 19 de agosto.

_____. (2017). Concepto radicado 2017EE0104608, 31 de agosto.

Superintendencia Financiera. (1997). Concepto N° 96022778-I, 16 de mayo.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

_____. (2003). Concepto 2003036237-3, 16 de diciembre.

_____. (2011). Concepto 2011014399-003, 10 de mayo.