



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado ponente

STC3810-2020

Radicación n° 54001-22-13-000-2020-00006-01

(Aprobado en sesión virtual de diez de junio de dos mil veinte)

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020).

Se desata la impugnación del fallo de 29 de enero de 2020 proferido por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en la tutela instaurada por Estrella María Barbosa Mercado contra los Juzgados Tercero Civil Municipal y Primero Civil del Circuito, ambos de la referida ciudad, extensiva al Veintitrés Penal Municipal de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. El contexto fáctico relevante se puede resumir así:

1.1. Mediante escritura pública otorgada **el 1° de diciembre de 2015** ante la Notaría Cuarta del Círculo de Cúcuta, Jorge Luis Horta Orozco **constituyó hipoteca**

abierta e ilimitada a favor de Estrella María Barbosa Mercado, respecto del inmueble con matrícula n° 260-4512 (anotación n° 32).

1.2. Posteriormente, el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Bogotá con Funciones de Control de Garantías decretó la medida de prohibición judicial de enajenar por seis (6) meses el referido predio, en el proceso seguido contra Jorge Luis por la comisión de los posibles delitos de *«concierto para delinquir, prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros»* (**7 mar. 2019** – anotación n° 34 del folio), lo que ocurrió luego del gravamen real.

1.3. Después, la acreedora demandó al deudor para que se le adjudicara directamente el predio *«hipotecado»*, conforme al artículo 467 del Código General del Proceso, a lo cual el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cúcuta no accedió porque se encontraba vigente la cautela penal (3 sep. 2019).

1.4. La interesada apeló sin éxito, puesto que el superior ratificó la determinación dado que *«las adjudicaciones siguen siendo enajenaciones a nombre del deudor, y como enajenaciones están dentro del alcance de la prohibición contemplada en la normativa penal»* (6 dic. 2019).

2. La accionante señaló que las autoridades incurrieron en vía de hecho, por cuanto su gravamen fue anterior a la *«medida penal»*, además de que ella no es la imputada en ese diligenciamiento.

Por ello, se infiere que pretendió que se ordene dejar sin efecto los interlocutorios de 3 sep. y 6 dic. 2019 para, en su lugar, impulsar el trámite civil que le incoó a Horta Orozco.

3. Las agencias querelladas respondieron que no cometieron los defectos que indicó la sedicente.

SENTENCIA DE PRIMER GRADO E IMPUGNACIÓN

El *a quo* negó el auxilio porque las providencias atacadas no son caprichosas, en tanto «*el predio que garantiza la acreencia hipotecaria ya había sido objeto de un gravamen de índole penal, lo que inexorablemente prohíbe cualquier enajenación mientras dicha cautela se encuentre activa*».

La gestora impugnó con apego a las manifestaciones inaugurales.

CONSIDERACIONES

1. En el presente caso, como quedó compendiado, la censura de la actora estriba en que no era admisible desechar el mandamiento ejecutivo que suplicó a fin de lograr la «*realización especial de la garantía real*» sobre el fondo con matrícula n° 260-4512, por cuanto su hipoteca se constituyó antes de que el Juzgado Penal involucrado dispusiera la «*prohibición judicial de enajenarlo*».

2. Bajo esta órbita, el problema jurídico central consiste en determinar si la aludida restricción «*penal*» tenía o no la virtud de impedir el inicio del pleito «*civil*», como adujeron los juzgadores de la última especialidad.

En dirección a resolver el punto, se abordarán las premisas relacionadas con: *i)* Las medidas cautelares de carácter real en el proceso penal; *ii)* El alcance de las mismas; *iii)* La concurrencia de embargos decretados en asuntos civiles y en causas penales por delitos de fraude o falsedad en la adquisición de los bienes; *iv)* La convergencia de embargos civiles y los ordenados en otras especialidades; *v)* Prelación del acreedor hipotecario frente al efecto de ciertas medidas cautelares y *vi)* La finalidad de la «*adjudicación o realización especial de la garantía real*».

2.1 Medidas cautelares de carácter real en el proceso penal.

La temática abordada impone analizar la esencia, finalidades y aplicabilidad de las «*medidas cautelares de carácter real*» previstas en el Código de Procedimiento Penal, dado que en algunos eventos ellas concurren con las establecidas para los litigios civiles.

Bajo ese espectro, es claro que tal codificación (penal) instituyó una serie de cautelas con determinado propósito, según el tipo de delito que se investiga, el uso o consecución de «*predios*» fruto de la conducta disciplinada y la indemnización de perjuicios a las víctimas. Es así que en

virtud de su correspondiente función se reglamentaron las siguientes: **i)** «prohibición judicial de enajenar», **ii)** «la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro» y **iii)** «el embargo y secuestro».

En relación con la «**prohibición judicial**» decretada en el curso de una investigación criminal, el artículo 97 del Código de Procedimiento Penal dispone

El imputado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registro durante los seis (6) meses siguientes a la formulación de la imputación, a no ser que antes se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia (...) Esta obligación deberá ser impuesta expresamente en la audiencia correspondiente. Cualquier negociación que se haga sobre los bienes sin autorización del juez será nula y así se deberá decretar (...) Para los efectos del presente artículo el juez comunicará la prohibición a la oficina de registro correspondiente.

Lo anterior sin perjuicio de los negocios jurídicos realizados con anterioridad y que deban perfeccionarse en el transcurso del proceso y de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer, personalmente o por intermedio de abogado dentro de una audiencia preliminar que deberá proponerse, para ese único fin, desde la formulación de la imputación hasta antes de iniciarse el juicio oral, con base en los motivos existentes al tiempo de su formulación. El juez que conozca del asunto resolverá de plano.

Sobre esa figura, la Sala de Casación Penal de esta Corporación en CSJ AP 6750-2015, precisó

(...) la imposición de esta restricción opera de oficio en la formulación de imputación, limitándose en el tiempo para que en ese interregno los legitimados, en concordancia con el sistema rogado y de carácter dispositivo que rige las medidas cautelares reales, hagan valer sus intereses frente a una hipotética reparación dentro del ámbito de protección que les confiere el procedimiento penal, de llegar a ser catalogados como víctimas.

En otras palabras, con la prohibición se busca blindar la capacidad resarcitoria de ciertos bienes desde el instante en que la Fiscalía comunica que va a ejercer la acción penal con miras a la formalización

en esa oportunidad, o con posterioridad, de otras medidas cautelares, verbi gratia, el embargo y secuestro (...) Por último, del precepto se desprende que el competente para imponer la prohibición es el juez de control de garantías ante el cual se surta la formulación de imputación.

De esta manera, con facilidad se colige que dicha cautela tiene vocación provisional, como quiera que está supeditada al paso del tiempo; pues, expirados los seis (6) meses de su duración pierde vigencia **automáticamente**.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de esta Corte en STP1575-2017 dejó sentado que

(...) de conformidad con la prerrogativa 97 de la Ley 906 de 2004, el imputado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registros durante los seis (6) meses siguientes a la formulación de la imputación, salvo que previo a dicho término se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia (...) Ahora bien, esa disposición no induce a ningún tipo de interpretación distinta a aquella que permite concluir que esa limitación tiene un término o duración expresa e inequívoca de seis meses, siguientes al acto de imputación, lo que sin necesidad de mayor elucubración, también otorga la inferencia sobre el carácter legal del inicio y el fenecimiento de la medida cautelar.

Por lo anterior, surge nítido que por existir un plazo específico frente a la duración de esta limitante al derecho de dominio, la orden de cancelación viene dada por la misma ley, sin que sea pertinente exigir una resolución diferente, esto es, de carácter judicial o administrativa, para que desaparezca o se proceda a la desanotación.

Lo anterior, salvo que antes de ese lapso se verifique alguna de las siguientes circunstancias consagradas en los artículo 97 del Estatuto Procesa Penal que conducen a su levantamiento: **i)** Que el imputado «garantice la indemnización de perjuicios», **ii)** Que haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia y, **iii)** Que se requieran operaciones mercantiles sobre los haberes sujetos a registro,

necesarias para el pago de los «*perjuicios*», siempre que medie autorización del juez que la decretó (art. 98 ídem).

De todo lo cual fluye cómo la teleología esencial es garantizar el resarcimiento de los daños infringidos a la víctima del delito; siempre, eso sí, con la idea de que se haga ejercicio del derecho de ellos en el semestre que la norma consagra, pues la medida **se extingue mecánicamente** vencido ese periodo. De suerte que el interesado ha de obtener en tal tiempo otra «*cautela*» distinta a la que está en trámite, como el embargo, por ejemplo.

En lo atinente a «*la **suspensión del poder dispositivo***», prevé el canon 101 de la compilación *ut supra* que «*el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente*», lo que permite entrever la intención del legislador de asegurar la retención y conservación del «*bien*», restringiendo cualquier acto que pueda efectuarse con él en aras de resguardar los atributos del que resultare afectado, a fin de restablecer, en caso de demostrarse el comportamiento punitivo, todo a su estado inicial. En otras palabras, el fin es «*garantizar el statu quo*» anterior al presunto hecho delictual de fraude.

Finalmente, el **embargo y secuestro** al tenor del canon 92 del C.P.P. recae sobre «*bienes del imputado o del acusado para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito*», para lo cual, agrega la disposición,

que la «*víctima acreditará sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño y la cuantía de su pretensión*».

La materialización de esa cautela – *embargo* – presupone que la víctima interesada preste caución de acuerdo a las reglas del Código General del Proceso, salvo que «*exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante*» (art. 92 C.P.P.). Además, se destaca que en ese campo opera el postulado de mutabilidad, según el cual, el juzgador «*deberá examinar la necesidad de las medidas cautelares y, si lo considera pertinente*» las sustituirá por otras menos gravosas o las reducirá cuando sean excesivas (art. 93 íd).

A lo dicho se suma el principio de proporcionalidad de que trata el artículo 94 de la misma obra, en tanto «*no se podrán ordenar medidas cautelares sobre bienes del imputado o acusado cuando aparezcan desproporcionadas en relación con la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios*».

Nótese, entonces, que el «*embargo*» a diferencia de la «*prohibición judicial*» no tiene previsto un intervalo perentorio de duración ni persigue la restitución del *statu quo* que le es propia a la «*suspensión del poder dispositivo*». En fin, se trata de «*cautelares*» independientes y con fisonomías y reglas diversas, no confundibles.

En síntesis, examinadas las medidas de protección del sistema penal desde el punto de vista sustancial y adjetivo,

fluye que buscan «*garantizar los derechos económicos de las víctimas*» y, por ende, todas ellas impiden que el procesado transfiera la propiedad sujeta a registro sobre la cual recae la cautela.

Eso sí, se diferencian en que la «*prohibición de enajenar*» está supeditada a un plazo restrictivo de seis (6) meses, expirado el cual se cancela en forma automática; por su parte, la «*suspensión del poder dispositivo*» persigue limitar la negociabilidad del bien sobre el que recayó el ilícito de fraude, para que, en caso de demostrarse su comisión, se restablezca el orden primigenio de las cosas; y el «*embargo*» pretende asegurar «*la indemnización de perjuicios de las víctimas*» causados con el delito, sin las anteriores restricciones; esta medida se ajusta al postulado de prenda general de los acreedores.

2.2 Alcance de las medidas cautelares reales en el proceso penal.

Sabido es que ejecutoriada la sentencia condenatoria la fiscalía, la víctima o el delegado del Ministerio Público pueden solicitar la apertura del incidente de reparación integral regulado en el canon 102 del C.P.P., modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, cuya finalidad total consiste en establecer la cuantía de los perjuicios irrogados al sujeto pasivo de la conducta punible, «*mediante sentencia*» (art. 105).

De ese modo, en firme la providencia que determina el monto de la «*indemnización*», le incumbe al sancionado pagarla oportunamente. En caso contrario, al acreedor le queda la vía ejecutiva ante el juez civil para hacer efectiva aquella «*condena*» pecuniaria con fundamento en el artículo 422 del Código General del Proceso, en cuanto dispone que «*pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles*» que «*emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción*».

En tal contexto, las medidas cautelares decretadas y practicadas en la actuación penal en aras de «*asegurar la indemnización de la víctima*» deberán ser puestas a disposición del coercitivo civil, para efectivizar aquel propósito, ya que el inciso final del artículo 96 del C.P.P. reza que se «*levantará el embargo penal*», entre otras circunstancias, «*vencidos los treinta días previstos en el artículo 106 sin que se hubiere promovido el incidente de reparación integral o transcurridos 60 días contados a partir de la ejecutoria de la providencia del artículo 105 condenatoria en perjuicios sin que se presentare demanda ejecutiva ante el juez civil*».

En definitiva, el juez penal carece de facultad para adelantar diligencias de remate, porque los bienes cautelados en asuntos de esa naturaleza deberán «*ponerse a disposición del juez civil*», siempre que sea necesario materializar las medidas a favor de la víctima – acreedora, en virtud de las competencias asignadas a esta especialidad.

2.3 Concurrencia de embargos civiles y penales por delitos de fraude o falsedad en la adquisición de bienes.

No puede pasarse por alto que el canon 33 de la Ley 1579 de 2012 o Estatuto Registral contempla una concurrencia especial de embargos cuando se trata de ilícitos cometidos a raíz de la transferencia de inmuebles. Prevé dicha norma que

Además de los casos expresamente señalados en la ley, concurrirá con otra inscripción de embargo, el correspondiente al decretado por Juez Penal o Fiscal en proceso que tenga su origen en hechos punibles por falsedad en los títulos de propiedad de inmuebles sometidos al registro, o de estafa u otro delito que haya tenido por objeto bienes de esa naturaleza y que pueda influir en la propiedad de los mismos. Una vez inscrito este, se informará a los jueces respectivos de la existencia de tal concurrencia.

Inscrito un embargo de los señalados en el inciso anterior, no procederá la inscripción de ninguna otra medida cautelar, salvo que el derecho que se pretenda reconocer tenga su origen en hechos anteriores a la ocurrencia de la falsedad o estafa, caso en el cual podrán concurrir las dos medidas cautelares.

Quiere decir ello que esta regulación únicamente opera en los juzgamientos de esos precisos punibles, esto es, en los que involucran actos de disposición fraudulenta de inmuebles, mas no en aquellos cuya descripción fáctica esté por fuera de la anotada circunstancia.

Esta normativa armoniza con el canon 101 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de que la suspensión del poder dispositivo allá prevista cobija a cualquier «*bien sujeto a registro*», es decir, muebles e inmuebles, y en ambos casos el Estado pretende impedir que el investigado siga realizando enajenaciones de la propiedad involucrada para, al final si es necesario, retornar la situación al punto original,

esto es, al *statu quo*, lo que se dificultaría si en ese instante los bienes están en manos de terceros.

Dicho en otros términos, en materia penal, uno es el «*embargo ordinario*» que procede en todos los casos que sea necesario garantizar el resarcimiento de perjuicios siempre que se cumplan los requisitos antes vistos, y otro, distinto por cierto, es el «*embargo especial*» (art. 33 Ley 1579 de 2012) o la suspensión del poder dispositivo (art. 101 C.P.P.) que tratándose de inmuebles están amparados por ambas figuras, puesto que proceden cuando la conducta investigada recae sobre la falsedad de su transferencia o cuando el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.

Mientras que la primera cautela – *embargo ordinario* – guarda el «*fundo*» para el eventual pago a que haya lugar, las últimas hacen lo propio solo para restablecer el historial de la «*heredad*» si se comprueba la adulteración del título.

En este marco, se infiere que el embargo decretado en un proceso civil solo puede concurrir con otro ordenado en uno penal cuando este se ordena de acuerdo al artículo 33 del Estatuto Registral o a la suspensión del poder dispositivo del canon 101 del Código de Procedimiento Penal, pues el ordenamiento jurídico no contempla la coexistencia con otro tipo de cautelas, esto es, las que persiguen el resarcimiento de perjuicios.

2.4 Concurrencia de embargos decretados en procesos civiles y los ordenados en otras especialidades.

El artículo 465 de la Ley 1564 de 2012 se ocupa de la «*conurrencia de embargos*» decretados en juicios civiles y los ordenados en pleitos de diferentes especialidades que circunscribe a la laboral (ejecutivo), jurisdicción coactiva y de alimentos, donde se pregona que en tal caso el proceso continúa ante el juzgador civil, quien debe adelantarlo y, una vez producido el remate, establecer la correspondiente prelación de créditos y pagar a los acreedores según ella.

En efecto, reza la norma que

*Cuando en un proceso ejecutivo laboral, de jurisdicción coactiva o de alimentos se decreta el embargo de bienes embargados en uno civil, la medida se comunicará inmediatamente al juez civil, sin necesidad de auto que lo ordene, por oficio en el que se indicarán el nombre de las partes y los bienes de que se trate (...). **El proceso civil se adelantará hasta el remate de dichos bienes, pero antes de la entrega de su producto al ejecutante**, se solicitará al juez laboral, de familia o fiscal la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que ante él se cobra y de las costas, y con base en ella, por medio de auto, **se hará la distribución entre todos los acreedores, de acuerdo con la prelación establecida en la ley sustancial** (negrillas fuera de texto).*

Se desprende que en las mencionadas eventualidades no se paraliza ni levanta el curso de alguno de esos «*embargos*», como quiera que nítidamente ordena la legislación que a la autoridad civil le atañe proseguir el trámite del proceso, incluso hasta practicar la respectiva «*subasta*» de la «*propiedad*», pero, eso sí, deberá detenerse a la hora de hacer la distribución de los dineros, dado que en esa fase debe esperar todas las liquidaciones de crédito en firme para luego proceder al pago conforme a las reglas de

prevalencia enlistadas en el artículo 2493 y siguientes del Código Civil.

En efecto, el canon 2488 *ejusdem* consagra el derecho de prenda general que le asiste a los acreedores para procurar la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del deudor; y en los preceptos siguientes se desarrollan cinco clases de obligaciones, entre ellas las cuatro primeras con alguna preferencia, y la quinta clase carente de privilegios.

Sobre la temática, en CSJ STC6794 – 2019 se reiteró que

(...) la prelación de créditos prevista, entre otras normas, en el título XL del libro IV del Código Civil, está enderezad[a] a establecer las reglas que deben seguirse para efectos de satisfacer las deudas cuando existan distintos acreedores que concurren a su cobro. En consecuencia, y sin necesidad de extenderse en innecesarias reflexiones, ha de acotarse que su aplicación presupone la coexistencia de varios acreedores que coinciden en el cobro de las deudas a cargo del mismo deudor» (CSJ STC, 7 Nov. 2012, rad. 00151-01) (...) Y, en otra oportunidad sostuvo que:

Sobre este tema, la Corte Constitucional en sentencia C-664 de 2006, en su parte pertinente sostuvo: (...) el artículo 542 del C. de P. C., (hoy 465 del Código General del Proceso) es precisamente la disposición pertinente para hacer efectiva la prelación de créditos ante la concurrencia de procesos ejecutivos adelantados por distintas jurisdicciones en los cuales a su vez se han dictado medidas cautelares sobre los mismos bienes. La disposición en comento prevé textualmente (...)

Por su parte, el artículo 468 del C.G.P. regulatorio del trámite de efectividad de la garantía real (*hipotecario*) pregona en el numeral 6° que «*el embargo decretado con base en título hipotecario o prendario sujeto a registro, se inscribirá aunque se halle vigente otro practicado sobre el mismo bien en proceso*

*ejecutivo seguido para el cobro de un crédito sin garantía real», en cuya eventualidad «**el registrador deberá cancelar el anterior**» (negrillas fuera de texto).*

Es decir, en virtud de la *«prevalencia de la garantía real»* el *«embargo»* dispuesto en ese compulsivo desplaza a cualquier otro decretado en ejecutivo quirografario, incluso si es anterior. Y, si los dos o más implicados son privilegiados el inciso 4° del numeral *ibidem* manda que *«cuando en diferentes procesos ejecutivos se decrete el embargo del mismo bien con base en garantías reales, prevalecerá el embargo que corresponda al gravamen que primero se registró»*.

Luego, en ninguna de esas circunstancias hay *«conurrencia»* porque persiste un solo *«embargo»*, según el caso.

Ahora, si el asunto involucra *«embargos»* originados en varios coercitivos sin *«garantía real»* o juicios de otros linajes, al segundo interesado únicamente le queda la opción de pedir los **remanentes** que llegaren a quedar del primero, pues el precepto 466 *ídem* establece que *«[q]uien pretenda perseguir ejecutivamente bienes embargados en otro proceso y no quiera o no pueda promover la acumulación, podrá pedir el embargo de los que por cualquier causa se llegaren a desembargar y del remanente del producto de los embargos»*, lo que traduce sin vacilación que tampoco en este supuesto tiene cabida la citada *«conurrencia»*.

Y es que, si las dos cautelas se hallan en el mismo plano, el principio que allí tiene cabida es el de *prior in tempore, potior in iure*.

A su vez, el numeral 2° del artículo 598 del C.G.P. refuerza lo antes esbozado, porque aunque posibilita el «embargo en los procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos y de bienes, liquidación de sociedades conyugales, disolución y liquidación de sociedad patrimoniales entre compañeros permanente», dispone que esa directriz precautelaria «no impedirá perfeccionar los que se decreten sobre los mismos bienes en trámite de ejecución, antes de quedar en firme la sentencia favorable al demandante que en aquellos se dicte», dado que de ocurrir tal cosa «el registrador cancelará el [embargo] anterior».

En conclusión, en las contiendas fiscales, ejecutivas laborales y de alimentos, para el juzgador civil es imprescindible realizar la licitación; lo que está proscrito es entregar inopinadamente los dineros allí recaudados, ya que debe atenderse a la recolección de todas las «liquidaciones de crédito» involucradas en la cuestión para luego proceder, ahora sí, conforme se ha dejado sentado atrás, esto es, ceñido a la prelación de las obligaciones prevista en la ley sustancial.

2.5 Prelación del acreedor hipotecario frente al efecto de ciertas medidas cautelares.

De lo esgrimido efunde que la concurrencia no está autorizada legalmente para los embargos decretados en procesos civiles y los dispuestos en asuntos penales con fines estrictamente resarcitorios, lo que impone descifrar qué sucede en tal hipótesis a partir de la interpretación sistemática de las normas sustanciales y aquellas que disciplinan los litigios civiles.

En torno a la naturaleza jurídica de la hipoteca, pregona el artículo 2432 del Código Civil que es un «*derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor*», y más adelante el canon 2449 de esa compilación establece que el acreedor hipotecario tiene «*derecho de preferencia*» que se complementa con el de «*persecución*» previsto en el artículo 2452 *idem*.

Significa que ese atributo real le confiere al titular, de un lado, prioridad en los términos de los créditos de tercera categoría, y de otro, la potestad de perseguir la heredad gravada sin importar en manos de quién se halle ni el título de su adquisición.

Ya se ha dicho que la convergencia de que trata el artículo 465 del Código General del Proceso se fundamenta en la prelación que tienen los créditos de alimentos, coactivos y laborales de acuerdo a la ley sustancial; de allí que por gozar de privilegio su recaudo está por encima de otros cobros.

El canon 2493 *ibídem* indica que las «*causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca*», y el precepto siguiente señala que «*gozan de privilegio los créditos de primera, segunda y cuarta clase*», mientras que la hipoteca, se insiste, se ubica en los de tercera. Esto concuerda con el artículo 2508 íd. que prevé la taxatividad en este campo, en tanto dispone que la «*Ley no reconoce otras causas de preferencia que las instituidas en los artículos precedentes*».

Ciertamente, la indemnización que pudiera determinarse a causa de la sentencia penal condenatoria carece de privilegio, en la medida que no aparece en el listado de los créditos de primera, segunda, tercera ni cuarta clase, por lo que debe ubicarse en los de quinta categoría (art. 2509 C.C.).

Siendo así, a pesar de que se llegare a practicar primeramente el embargo con fines indemnizatorios en el juicio penal, éste no puede desconocer las acciones derivadas de la hipoteca constituida con antelación sobre el mismo inmueble, en virtud de los postulados de preferencia y persecución de que está dotado ese derecho real. Mucho menos aquél tiene la virtud de impedir que el coercitivo con garantía real siga el curso normalmente previsto en el ordenamiento adjetivo.

Lo que se refuerza porque incluso en los eventos de embargo especial por delitos de fraude y en **la prohibición de enajenar** se reglamenta la protección de los terceros

adquirentes con anterioridad y de buena fe, pues en torno a la primera de esas cautelas dice el inciso segundo del canon 33 del Estatuto Registral que *«inscrito un embargo de los señalados en el inciso anterior, no procederá la inscripción de ninguna otra medida cautelar, salvo que el derecho que se pretenda reconocer tenga su origen en hechos anteriores a la ocurrencia de la falsedad o estafa, caso en el cual podrán concurrir las dos medidas cautelares»*.

Ergo, ninguna medida cautelar de naturaleza real, ni siquiera las ordenadas en los procesos penales, tiene la potencialidad de desconocer los intereses de los terceros respecto del bien en que recaen, cuando sobre ellos se ha constituido hipoteca antes del decreto de la cautela en el decurso punitivo.

En ese orden, si se llegare a disponer un embargo penal simplemente indemnizatorio sobre un bien hipotecado o la prohibición judicial de enajenar, el eventual ejecutivo con garantía real lo aniquila *ipso facto*, tal y como lo dispone el numeral 6° del artículo 468 del Código General del Proceso, sin importar el orden de su inscripción; y si, en cambio, en el otro proceso no se ejercita la *«garantía real»* - al estar ambos desprovistos de preferencia - prima el que primero se registre.

3. Finalidad del trámite de adjudicación o realización especial de la garantía real.

Entre las varias opciones con que cuenta el acreedor hipotecario o prendario para satisfacer su crédito, se halla la de pedir desde un comienzo que se le adjudique el bien gravado por un «*valor equivalente al 90% del avalúo establecido en la forma dispuesta en el artículo 444*» de la Ley 1564 de 2012, eso sí, siempre que el deudor no «*formule oposición, ni objeciones ni petición de remate previo*» (num. 4° art. 467 ibidem).

Sobre la figura en comento, implementada por el Código General del Proceso, esta Sala explicó que:

«el acreedor hipotecario o prendario podrá demandar desde un principio la adjudicación del bien hipotecado o prendado, para el pago total o parcial de la obligación garantizada, y solicitar en subsidio que si el propietario demandado se opone a través de excepciones de mérito, la ejecución reciba el trámite previsto en el artículo siguiente, para los fines allí contemplados», el cual, en lo medular, constituye un mecanismo especial de adjudicación del bien hipotecado o dado en prenda, para que el acreedor pueda obtener la satisfacción tempestiva de su prestación, sin las repercusiones que en relación con esta pueden conllevar la duración de los juicios y, correlativamente, el deudor encuentre una opción judicial de finiquitar la obligación, sin que vea menoscabado sensiblemente su patrimonio (...) Por la esencia misma de este trámite el legislador quiso que el acreedor que pretenda dicho beneficio para el pago total o parcial obtenga la adjudicación del bien gravado, pero no en los términos generales antes indicados, sino «por un valor equivalente al noventa por ciento (90%) del avalúo» (CSJ STC2316-2019).

Por mandato del numeral 6° del canon 467 íd., es inadmisibles reclamar la «*adjudicación directa del bien hipotecado o dado en prenda*» cuando no se conozca el domicilio o paradero del propietario, el bien se halle embargado o existan acreedores con garantía real de mejor derecho, pues en los dos últimos eventos es claro que, de un lado, el «*embargo*» restringe la negociabilidad de la propiedad y por tal motivo es inviable la adjudicación pretendida y, de otro, si del

historial jurídico del bien surge que existe otro crédito con mayor privilegio es inaceptable transferirlo directamente al demandante en detrimento de dicha preferencia.

4. De todo lo expuesto se concluye que no es factible la concurrencia de la prohibición judicial de enajenar ni del embargo penal indemnizatorio con el decretado en un juicio hipotecario, porque éste tiene preferencia y aquellas medidas carecen de esa virtud, dado que ninguna norma sustancial en materia penal ni civil ha modificado el listado de créditos privilegiados para incluir los de la citada estirpe.

Por consiguiente, esas cautelas penales no impiden el normal desenvolvimiento del ejecutivo adelantado para hacer valer la garantía real con el producto del respectivo predio, esto es, al juicio que se refiere el artículo **468** del Código General del Proceso. Empero, cuando preexiste un embargo penal no es posible acudir al trámite de adjudicación o realización de la garantía real de que trata el canon **467** de la Ley 1564 de 2012, porque el numeral 6° expresamente lo prohíbe.

5. En el caso concreto, Jorge Luis Horta Orozco constituyó hipoteca sobre el predio con folio n° 620-4512 a favor de Estrella María Barbosa Mercado a través de escritura pública n° 3051 otorgada el 1° de diciembre de **2015** en la Notaría Cuarta de Cúcuta y registrada en el certificado de libertad y tradición respectivo el 7 de diciembre del mismo año.

Ulteriormente, sobre ese inmueble recayó la prohibición judicial de enajenar ordenada por el término de seis (6) meses, contados desde el 7 marzo hasta el 7 septiembre de **2019**, fecha última en que la medida se **extinguió automáticamente**, conforme lo señalado en el acápite 2.1. de esta providencia.

Después, la acreedora hipotecaria reclamó la adjudicación directa de la heredad con asidero en el artículo 467 del Código General del Proceso, a lo cual no accedieron los Despacho encartados porque se *«encontraba vigente la prohibición judicial de enajenar»*.

De ese contexto surge que aun cuando se pudiera admitir que el proceder del estrado municipal es razonable, porque para el momento en que denegó el mandamiento ejecutivo (3 sep. 2019) estaba vigente la referida cautela penal, no es posible predicar lo mismo respecto del Superior, dado que para cuando desató la apelación, dicha medida había finalizado mecánicamente.

En efecto, conforme se reseñó, el levantamiento automático de la *«prohibición judicial para enajenar»* tuvo lugar el 7 de septiembre de 2019, por lo que esa limitación estaba superada y no era un obstáculo para que el Juzgado Primero Civil del Circuito de la capital del Norte de Santander diera vía libre a la ejecución promovida por Barbosa Mercado, siendo que dirimió la alzada en auto de 6 de diciembre pasado, es decir, con posterioridad a la extinción de la pluricitada medida.

Máxime que los delitos que dieron origen a la causa criminal en referencia (concierto para delinquir, prevaricato y peculado por apropiación a favor de un tercero) no recayeron sobre el inmueble hipotecado, lo que significa que la cautela solamente tuvo por finalidad indemnizar a la administración pública, como sujeto pasivo de esos punibles, ante una eventual sentencia condenatoria, sin que por ello tuviera alguna prelación frente al gravamen real.

En definitiva, el *ad-quem* se equivocó al ratificar el fracaso de la orden de apremio con base en una circunstancia que, para el momento en que asumió el asunto, había perdido vigencia, de suerte que al haber dilucidado la cuestión en los términos que se le reprocha transgredió el derecho a la tutela judicial efectiva de la ejecutante, prerrogativa sobre la cual se tiene dicho que:

(...) no es una simple declaración formal, al Juez, como director del proceso y garante de la ley y de la Constitución, para la consolidación del derecho material, le compete velar por el acatamiento real de la sentencia y controlar las tentativas del fraude a la resolución judicial impartida, por cuanto, de nada sirve el reconocimiento de un derecho, si el funcionario no impulsó su ejecución o no se compromete con el cumplimiento de la respectiva decisión, cuando se halla ejecutoriada o en firme, o cuando mediada por el efecto devolutivo es llamada a obedecerla (STC16106-2018).

6. En virtud de lo dicho, se infirmará la providencia de primer grado para, en su reemplazo, otorgar el amparo.

DECISIÓN

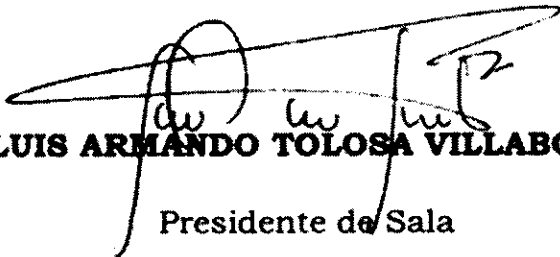
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha, naturaleza y procedencia conocidas para, en su lugar, **CONCEDER** la tutela interpuesta por Estrella María Barbosa Mercado. En consecuencia, ordenar al Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a que se le comunique esta determinación y reciba el respectivo expediente deje sin efecto el auto de 6 de diciembre de 2019, emitido en el juicio con radicado 2019-00738-00, y dentro de los quince (15) días posteriores a dicho cometido, deberá desatar la apelación formulada por la demandante, teniendo en cuenta las motivaciones que preceden.

SEGUNDO: Notifíquese lo así resuelto por el medio más expedito a los implicados y remítase el paginario a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



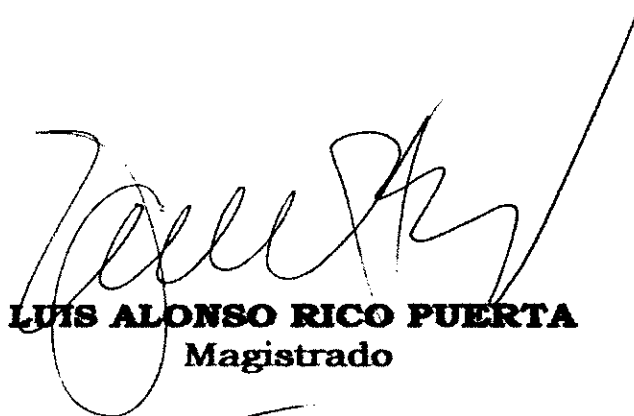
LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado



LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
MAGISTRADO



FRANCISCO TENNERA BARRIOS
Magistrado