

,16 de noviembre de 1993.

Ingeniero
RICARDO GRUBER.
Empresa Estatal de
Cemento "Bayano".
E. S. D.

Señor Director:

Nos referimos a su consulta contenida en el Oficio D.G.N.-550-93 de 20 de octubre último, en la que se nos plantea las siguientes preguntas:

"CONSULTA No. 1: ¿Es viable la retención por parte de nuestra entidad, de fondos o valores que les pertenezcan a las empresas involucradas en la investigación y que se encuentren en nuestro poder, a fin de garantizar la recuperación de nuestros dineros o el pago de perjuicios?

CONSULTA No. 2: ¿Es viable la retención de los créditos, que concede la empresa como incentivo por el volumen mensual de compras? "

Las interrogantes que dejamos transcritas denotan el interés de la entidad en resarcirse de lesión patrimonial causada en virtud de operaciones o transacciones comerciales realizadas por la propia empresa con sus clientes y que han resultado en un enriquecimiento sin causa para algunos compradores de sus productos, en detrimento del patrimonio de la propia entidad.

Los medios procesales de que se vale el sector público para hacer efectivos los créditos a su favor, están generalmente contemplados en el proceso por cobro coactivo, que puede ejercer la propia institución afectada ante la morosidad o no pago de un contribuyente o cliente suyo, a fin de hacer efectiva la obligación pendiente de cumplimiento.

Tal procedimiento está contemplado en el Código Judicial a partir del Artículo 1801, en el que se establece la forma de proceder frente al incumplimiento, y fija los pasos necesarios para darle forma al proceso respectivo. El punto 1 de la consulta se refiere a consignaciones hechas para garantizar riesgos frente a determinados clientes cuando realizan transacciones o contratos con la empresa. El destino de esos fondos o valores así consignados deben estar debidamente definidos tanto en el respectivo contrato que los genera, como en la diligencia de consignación, por lo que debe sujetarse a las reglas allí establecidas.

Para poder proceder contra dichos fondos o valores por vía judicial y afectarlos con medidas cautelares, debe la empresa amoldarse a dos tipos de procedimientos que para tal efecto tiene prevista la Ley a saber:

- a) Juicio Ordinario declarativo.
- b) Proceso por cobro coactivo.

De acuerdo con el Artículo 7 de la Ley 99 de 1974 que crea la Empresa Estatal de Cemento Bayamo, la misma tiene los privilegios de que goza la Nación en las actuaciones judiciales en que sea parte, entre los cuales está la exoneración de la obligación de afianzar para proceder a cautelar bienes en los juicios que interponga. Si no existe un documento que preste mérito ejecutivo en que conste la obligación reclamada, de suerte que no pueda instaurarse el proceso por cobro coactivo, entonces la vía ordinaria declarativa es el recurso que queda a disposición de la Institución para hacer efectivo los derechos que dice tener frente a empresas involucradas en investigaciones, y con las cuales ha realizado operaciones cuya legitimidad está cuestionada.

Cualquier medida cautelar en estas condiciones debe ser dictada por el Tribunal competente en un proceso debidamente instaurado. Para ello se hace necesario conceder el poder por el Representante Legal de la empresa y que el abogado establezca el derecho reclamado y lo compruebe en juicio. En esa misma tramitación o actuación puede solicitar medidas cautelares para evitar que resulte ilusorio el cumplimiento de la obligación judicialmente acreditada.

Por otro lado, el cobro coactivo debe reunir las condiciones que establecen las normas a que nos hemos referido, y fundamentarse en documento que presta mérito ejecutivo de acuerdo con lo que establece el Artículo 1803 del Código Judicial que dice:

"Artículo 1803: Prestan mérito ejecutivo;

1. Las liquidaciones de impuestos contenidas en resoluciones ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes, y la copia de la declaración privada del impuesto sobre la renta y complementarios para el cobro de las sumas adeudadas;
2. Las copias de los reconocimientos y estados de cuenta a cargo de los deudores por créditos a favor del Tesorero Nacional, de los municipios, de las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades públicas del Estado;
3. Los alcances líquidos definitivos deducidos contra los responsables por la oficina encargada de examinar y fenecer dichos estados de cuenta, acompañados en todo caso del documento público o privado legalmente constitutivo de la obligación por la cual se deducen.
4. Las resoluciones ejecutoriadas de las cuales surjan créditos a favor del Tesoro Nacional, de los municipios, de las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades públicas del Estado;
5. Las resoluciones ejecutoriadas de funcionarios judiciales, administrativos o de policía que impongan multas a favor de las entidades de derecho público, si no se ha establecido otra forma de recaudo;
6. Los documentos privados reconocidos por el deudor ante entidades públicas del Estado

a las cuales la ley atribuye el ejercicio del cobro coactivo; y,

7. Cualquier otro documento que la ley expresamente le atribuya mérito para el proceso por cobro coactivo."

Si la empresa tiene algunos de los documentos que prestan mérito ejecutivo al tenor de la norma preinserta, entonces se debe delegar la jurisdicción coactiva en un Juez Ejecutor de la empresa, tal como lo ordena el Artículo 5 de la Ley Orgánica antes mencionada, y proceder por esta vía dentro de este proceso a la dictación de las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la retención de esos bienes o valores de los ejecutados.

Todo acto que se emita debe estar revestido de legalidad y amparado sobre todo por la competencia de la entidad o funcionario que lo emite para hacerlo, ya que de carecer de estos presupuestos llevaría implícito el motivo y causa de su anulabilidad, y por consecuencia no podría ser sustentado con respaldo legal.

Mi criterio es que sólo dentro de un proceso sea ordinario o por cobro coactivo pueden adoptarse las medidas a que se refiere su consulta tanto en el punto 1 como en el No. 2, pues debe entenderse que tales valores le pertenecen a las empresas a que usted se refiere y que los créditos igualmente reconocidos son legítimos y en consecuencia solo mediante un proceso judicial pueden ser afectados.

Los antecedentes que se nos exponen y que motivan la consulta, revelan un proceder ajeno a la normalidad y que está referido a conductas de funcionarios de la propia institución, que de ser debidamente investigados y resultar contra cualquiera de ellos elementos de juicio que demuestren la existencia de un delito ejecutado como consecuencia de esas operaciones o transacciones, es deber de la dirección de la empresa denunciar penalmente a los funcionarios, sin cuya intervención no se habría podido afectar el patrimonio de la empresa estatal a su cargo.

La impunidad ha sido la mejor consejera de estas conductas marginadas de la ley, a las cuales no frena ningún procedimiento administrativo o fiscal que se establezca para un mejor control de

sus actos, porque es el propósito primario de ellos desatenderlos y actuar al margen de la Ley. El Artículo 342 del Código Penal le obliga a usted a interponer las denuncias penales correspondientes, so pena de incurrir usted igualmente en un delito si no lo hace.

○ En conclusión tanto las consignaciones de fondos o valores para garantías, así como los incentivos a que tienen derecho las empresas, solo pueden ser afectados a través de un proceso judicial llevado a cabo ante autoridad competente y con observancia de la Ley.

Siendo así resulta improcedente legalmente la retención que no se sustante en una acción judicial debidamente instaurada, puesto que para ello están instituidos los distintos procesos que son la vía legal para hacer valer las reclamaciones de la empresa a su cargo./

Así dejamos contestada su amable consulta y esperamos que la respuesta sirva de orientación a su preocupación.

Atentamente,

LIC. DONATILLO BALLESTEROS S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.

15/ichdef.