



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado ponente

STC15244-2019

Radicación n.º 11001-02-03-000-2019-02955-00

(Aprobado en sesión de veintitrés de octubre de dos mil diecinueve)

Bogotá, D. C., ocho (8) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Se procede a decidir la tutela impetrada por José Francisco Rodríguez Maldonado frente a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, integrada por la magistrada Martha Isabel García Serrano, con ocasión del asunto verbal de “*regulación y pérdida de intereses por cobro excesivo*” iniciado por Proalimentos Liber S.A.S. contra el aquí actor.

1. ANTECEDENTES

1. El accionante exige la protección de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, presuntamente conculcados por la corporación querellada.

2. En apoyo de su queja, sostiene que dentro del decurso impetrado en su contra, se pretendió la declaratoria de “(...) *un supuesto cobro de un precio excesivo a través de las facturas que emiti[ó] a cargo del demandante, durante el período comprendido entre el 5 de mayo de 2009 y el 10 de julio de 2015 (...)*”.

Relata que la activa, para evadir el requisito de procedibilidad relativo a la conciliación prejudicial entre las partes, deprecó, como medidas cautelares, la inscripción del libelo en los certificados de tradición y libertad de distintos inmuebles de su propiedad y el “*embargo*” de diversos productos bancarios a su nombre.

La demanda fue admitida el 12 de febrero de 2018 y, previo decreto de las citadas cautelas, se impuso el pago de una caución por \$166.270.647.

Cumplido esto último, se requirió a la demandante para que corrigiera la póliza aportada en el sentido de

precisar “(...) *que el fundamento legal y objeto de la caución es con base en el literal C del artículo 590 del C.G.P. (...)*”.

Aunque dicho ajuste, en su sentir, evidencia que en el decurso no se discute “*el dominio ni ningún otro derecho real principal*”; arreglada la póliza, el juzgador de primer grado, en proveído de 28 de agosto de 2018, ordenó la inscripción de la demanda respecto de algunos de sus predios.

Enterado del litigio, impetró reposición y, en subsidio, apelación contra el anterior pronunciamiento alegando que al peticionarse medidas innominadas, no procedía la “*inscripción de la demanda*” decretada; sin embargo, el primer remedio se negó y, el segundo, también se desató adversamente, pues el tribunal, en auto de 5 de julio de 2019, ratificó la determinación impugnada.

Agrega que con ese proceder se quebrantaron sus prerrogativas, pues (i) se pasó por alto la falta de fundamentación del *a quo* para acceder a la cautela; (ii) se desconoció la “*mala fe*” de su contraparte al reclamar la misma para evitar el cumplimiento del presupuesto de procedibilidad; (iii) se permitió la admisión irregular del libelo; (iv) no se resolvió sobre la “*caducidad y la prescripción*” de la acción propuesta, figuras que generan la emisión de una sentencia anticipada; y (v) se relegó el comportamiento temerario e “*irresponsable*” del abogado de la activa, pues en múltiples litigios ha reclamado cautelas como las reseñadas y distintos jueces civiles del circuito las han negado.

Por último, advierte que las medidas controvertidas afectan sus ingresos y los de su familia, toda vez que deriva su sustento de “(...) *operaciones de finca raíz o (...) explotación de bienes inmuebles* (...)”.

3. Pide, en concreto, revocar las decisiones cuestionadas.

1.1. Respuesta del accionado

El tribunal manifestó no haber incurrido en irregularidad en la providencia confutada, dado que emitió la misma atendiendo a los motivos de la alzada.

2. CONSIDERACIONES

1. El querellante reprocha, particularmente, el pronunciamiento de 5 de julio de 2019, mediante el cual el tribunal accionado confirmó la decisión de 28 de agosto de 2018, donde se decretó la inscripción de la demanda deprecada por la demandante en el pleito refutado, sobre siete (7) inmuebles a su nombre.

2. Para proveer, se destaca, las medidas cautelares son concebidas como una la herramienta procesal a través de la cual se pretende asegurar el cumplimiento de las

decisiones judiciales, sean personales o patrimoniales y, en este último caso, se orientan a lograr la conservación del patrimonio del obligado de salir adelante los reclamos del demandante, restringiéndose, con ello, los eventuales efectos desfavorables que puedan suscitarse ante la tardanza de los litigios. Por ello, son de naturaleza instrumental o aseguraticia, provisoria o temporal, variable o modificable y accesorias al proceso principal.

La actual reglamentación procesal civil, en el artículo 590, sobre la procedencia de la medida de inscripción de la demanda en procesos declarativos, establece:

“1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

“a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.

“Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

“b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

“Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

“(...)” (subraya fuera de texto).

Lo anterior evidencia que la citada medida tiene lugar, en juicios declarativos, cuando en éstos (i) se discute el dominio u otro derecho real principal directa o consecuentemente; (ii) se debaten cuestiones relativas a “*una universalidad de bienes*”; y (iii) se busca el pago de perjuicios derivados de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.

En torno a dicha cautela, esta Corte ha indicado que tiene el objetivo de advertir a los adquirentes de un bien sobre el cual recae la medida, que éste se halla en litigio, debiendo entonces atenerse a los resultados de la sentencia que en él se profiera. Además, por su naturaleza, la inscripción no sustrae el terreno del comercio, ni produce los efectos del secuestro, pero tiene la fuerza de aniquilar todas las anotaciones realizadas con posterioridad a su inscripción, que conlleven transferencias de dominio, gravámenes, y limitaciones a la propiedad; claro, siempre y cuando, en el asunto donde se profirió la misma, se dicte fallo estimatorio de la pretensión que implique, necesariamente, cambio, variación o alteración en la titularidad de un derecho real principal u otro accesorio sobre el inmueble, pues de ocurrir lo contrario, de nada serviría¹, tales características, en palabras de la Sala,

“(...) fueron las fijadas por el artículo 42 de la Ley 57 de 1887², el cual prescribía: “Todo Juez ante quien se presente una demanda civil ordinaria sobre la propiedad de un inmueble, ordenará que se tome razón de aquélla en el Libro de Registro

¹ CSJ. SC19903-2017 de 29 de noviembre de 2017, exp. 73268-31-03-002-2011-00145-01

² “Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional”.

de demandas civiles, luego que el demandado haya sido notificado de la demanda”.

“Lo anterior obliga al juzgador que decide sobre la anotada cautela, a realizar una valoración, prima facie, de las respectivas súplicas³ a fin de otorgarles fumus boni iuris⁴, que según el numeral 1º del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, hoy previsto en los cánones 590 (literal a) del numeral 1º) y 591 del Código General del Proceso conlleva constatar una hipotética amenaza al “dominio u otra [prerrogativa] real principal o una universalidad de bienes”, o en otras palabras, suponer cuál sería la suerte jurídica del predio en caso de prosperar el libelo genitor (...)”⁵.

Aunado a lo anterior, se destaca, el literal c) de la norma en cita, prevé otras cautelas posibles en decursos declarativos. Así, señala como tales

“c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

“Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

“Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

³ “[L]a cognición cautelar se limita, en todos los casos, a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. (...) [B]asta que la existencia del derecho aparezca verosímil, esto es, (...) que según el cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar, por lo que el resultado de la cognición sumaria tiene valor de hipótesis” (CALAMANDREI, Piero, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, trad. de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945).

⁴ Significa “apariencia de buen derecho”. Dicho concepto corresponde al juicio de valor realizado por el funcionario judicial facultado para emitir una medida cautelar, mediante el cual se formula una hipótesis que, con los medios de prueba aportados por el solicitante y los requisitos establecidos por ley para la concesión de la misma, permite colegir, con un grado de acierto, cuál sería el sentido de la sentencia que se dicte en el proceso, así como sus posibles efectos, tratando así de garantizar su cumplimiento en caso de salir airosas las pretensiones.

⁵ *Ibidem*.

“Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo (...)”.

Dichas medidas, llamadas *innominadas*, han sido apreciadas por esta Sala en otras ocasiones, resaltándose su carácter novedoso e indeterminado, proveniente de las solicitudes de los interesados; asimismo, se ha relevado que su decreto le impone al juez del asunto un estudio riguroso sobre la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la cautela deprecada, analizándose, por supuesto, su alcance en torno al derecho objeto del litigio⁶.

La Corte Constitucional, al declarar inexecutable el literal d) del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011⁷, en la sentencia C-835 de 2013, sobre las mismas, advirtió:

“(...) [E]n el ordenamiento jurídico colombiano hay cabida para una serie de medidas cautelares atípicas o innominadas, novedosas, que además de no ser viables de oficio, solo pueden imponerse por el juez en ciertos procedimientos para proteger derechos litigiosos, prevenir daños o asegurar la efectividad de las pretensiones, dentro de parámetros que para su imposición, son claramente delineados por el legislador.

“Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el

⁶ CSJ. STC de 11 de febrero de 2013, exp. 11001 22 03 000 2012 02009 01, STC16248-2016 de 10 de noviembre de 2016, exp. 68001-22-13-000-2016-00415-02 y STC1302-2019 de 8 de febrero de 2019, exp. 11001-22-10-000-2018-00699-01

⁷ “ARTÍCULO 30. MEDIDAS CAUTELARES. El Director de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior podrá adoptar, en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control y mediante resolución motivada, las siguientes medidas cautelares inmediatas: (...) d) Cualquiera otra medida que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control (...)”.

legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para ‘prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra’ (...).

“En efecto, en el Código General del Proceso (L. 1564 de 2012) las reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares en los procesos declarativos están contenidas en el artículo 590, según el cual pueden ser solicitadas por el demandante, desde la presentación de la demanda.

“El literal c) del referido artículo 590 permite al juez, previa petición de parte, decretar cualquier otra medida cautelar que “encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”.

“Para tal efecto, el citado literal preceptúa que “el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho”. Igualmente, “el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”.

“Queda claro que incluso en los casos de medidas cautelares innominadas o atípicas, es imperativo que el legislador diseñe previamente los parámetros mediante los cuales la autoridad, judicial o administrativa, pueda acudir a ella, pues aunque no existe una exigencia constitucional para que en todas las actuaciones se contemple la posibilidad de decretar medidas cautelares, es necesario que su definición por parte del Congreso atienda los criterios de razonabilidad y proporcionalidad (C-039 de 2004, ya referida).

“Así, aunque las medidas cautelares innominadas no significan arbitrariedad, sino una facultad circunstancialmente atribuida al juez técnicamente para obrar consultando la equidad y la razonabilidad, al servicio de la justicia, los parámetros para su imposición se encuentran previamente establecidos en la ley (...).

3. A la luz de las consideraciones precedentes, se constata la vía de hecho enrostrada por el tutelante, pues

aun cuando el extremo actor deprecó la “*inscripción de la demanda*” sobre algunos predios del actor, con apoyo en el literal c) del artículo 590 del Código General del Proceso, como si se tratara de una cautela “*innominada*”, los falladores denunciados accedieron a su decreto.

En la providencia censurada, el colegiado acusado, tras relacionar los argumentos del remedio vertical, destacó que no le asistía razón al demandado, aquí actor, al sostener que en el juicio verbal cuestionado no podía ordenarse la anotada cautela.

Lo considerado porque, según esbozó, el Código General del Proceso permite disponer “(...) *cualquier medida que [se] ‘estime razonable’ (...) en cualquier tipo de proceso y bajo cualquier variedad de pretensiones (...)*”, circunstancia que, conforme aseveró, incluye la reseñada “*inscripción de la demanda*”.

En consecuencia, estimó intrascendente que la medida no “*encuadr[ara] perfectamente*” en el presupuesto descrito en los literales a) o b) del numeral 1º del artículo 590 *ídem*, pues, insistió, es viable decretar “*cualquier cautela (...) para proteger el derecho del litigio (...)*”, según el literal c) *ibídem*.

Luego, aclaró que las decisiones adoptadas por otros despachos civiles del circuito (8, 18, 40 y 44) en casos similares, no resultaban vinculantes en esa instancia, “(...) *en tanto no corresponden a un precedente judicial de*

obligatorio cumplimiento en los términos del artículo 7º del Código General del Proceso (...)”.

Asimismo, reiteró que la aseveración del recurrente, aquí petente, consistente en no haberse exigido medidas cautelares por la activa, no tenía asidero, pues en el mismo libelo se exigió su inscripción en los predios allí relacionados, de propiedad del demandado.

Finalmente, para sustentar el decreto de la cautela discutida, esgrimió:

“(...) [E]s claro que con la demanda se persigue la devolución de un dinero supuestamente pagado en exceso; monto que bien puede ser asegurado a través de las medidas cautelares de inscripción de la demanda (efectividad de la cautela), y posteriormente -en caso de sentencia favorable- un embargo y secuestro de los Inmuebles para garantizar la solución de esa supuesta deuda (ver por ejemplo inc. 2º, lit. b. del art. 590 del C.G.P).

“No está de más señalar que -aunque habrá de ser probado dentro del trámite-, es claro por ahora, que el interés del demandante está jurídicamente tutelado, pues existen disposiciones del ordenamiento jurídico que prohíben cobrar intereses por encima de determinados límites, desbordando 1.5 veces el interés bancario corriente (art. 884 del Código de Comercio, y 72 de la Ley 45 de 1990), aun cuando ellos se disfracen por otros conceptos (art. 68, ibíd.). Por lo que es razonable, proporcionado, y adecuado el decreto de las medidas cautelares de inscripción de la demanda, para asegurar la efectividad de lo pretendido, si el fallo resultare favorable al demandante.

“En todo caso, los perjuicios que pudiere ocasionar el decreto de una medida cautelar infundada se encuentran cobijados con la caución que fijó el juez de primer grado (por \$166.270.647) (...); sin que la cuantía de tal monto de garantía hubiere generado algún descontento en el demandado; lo que lleva a entender, que asintió sobre la cobertura de tal suma.

“La verdad es que no se requiere -como pareciera entenderlo el apelante-, la existencia de pruebas incontrovertibles, y

absolutas de la comisión de una conducta (la de cobro en exceso de los intereses), pues eso sería concentrar todo el trámite del proceso, en una medida preliminar de urgencia, desconociendo que ese amplio debate debe zanjarse en la sentencia (...)”.

4. La fundamentación reseñada, además de pasar por alto el carácter restrictivo de las medidas cautelares, soslaya las particularidades de las mismas dispuestas por el legislador.

Ciertamente, el ordenamiento jurídico, consagra, como antes se expuso, un régimen especial para la “*inscripción de la demanda*”, previendo taxativamente los casos en los cuales procede, su alcance y efectos y otro distinto para las cautelas *innominadas*, imponiendo para su decreto, la petición puntual del extremo interesado y un juicio minucioso del funcionario de conocimiento, en relación con la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

Así las cosas, es clara la irregularidad enrostrada a la decisión del tribunal, pues esa autoridad estimó que dentro de las medidas *innominadas* podía incluirse, sin dificultades, la inscripción de la demanda, lo cual revela que relegó las diferencias entre las clases de cautelas atrás referenciadas.

Es preciso acotar que, uno de los elementos distintivos de las medidas cautelares es su carácter restringido con relación a las medidas nominadas, el cual no se ha perdido ante la entrada en vigencia del Código

General del Proceso, pues en el Libro Cuarto, Título I, Capítulo I de dicha reglamentación, expresamente se prevén las cautelas pasibles de ser ordenadas dentro de los distintos trámites, precisándose su procedencia dependiendo del tipo de litigio (declarativo, ejecutivo, “*de familia*”) y de las especiales circunstancias como se halle.

Las cautelas continúan siendo, como en la anterior normatividad procesal civil, la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro, el embargo y/o el secuestro; empero, además, se establece la procedencia de las llamadas *innominadas* y las previstas para los “*procesos de familia*” (art. 598, C.G.P.).

Tal categorización revela la existencia de una reglamentación propia para cada tipo de medida e impide concluir que la inclusión de las *innominadas* entraña las específicas y singulares, históricamente reglamentadas con identidad jurídica propia, pues de haberse querido ello por el legislador, nada se habría precisado en torno a la pertinencia y características de las ya existentes (inscripción de la demanda, embargo y secuestro) y tampoco se habrían contemplado las particularidades de las nuevas medidas introducidas.

Innominadas, significa sin “*nomen*”, no nominadas, las que carecen de nombre, por tanto, no pueden considerarse innominadas a las que tienen designación específica; como lo expresa la Real Academia Española – RAE- “(...) *Innominado(a): Que no tiene nombre especial*

(...)”⁸. De modo que atendiendo la preceptiva del artículo 590 *ídem*, literal c), cuando autoriza como decisión cautelar “(...) cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio (...)” (subraya fuera de texto), implica entender que se está refiriendo a las atípicas, diferentes a las señaladas en los literales a) y b), las cuales sí están previstas legalmente para casos concretos; de consiguiente, las innominadas no constituyen una vía apta para hacer uso de instrumentos con categorización e identidades propias.

Esta interpretación se infiere de la boca del legislador, cuando asienta con relación a las innominadas: “(...) *cualquiera otra medida* (...)”, segmento que indisputadamente excluye a las otras.

Esta Sala, en sede de revisión, estimó inviable en procesos declarativos ordenar el secuestro de bienes por no hallarse contemplado para aquéllos decursos, con lo cual se exaltó el comentado carácter restrictivo de las medidas cautelares.

Sobre lo argüido, adoctrinó:

“(...) [E]l decreto de cautelas, desde antaño, ha tenido un manejo muy restringido, pues sólo podrán ordenarse las que expresamente autorice el legislador, y en las oportunidades que el mismo ordenamiento dispone, sin menoscabo de las que procedan de oficio, o las llamadas medidas cautelares innominadas, que están sujetas a la discrecionalidad del

⁸ Real Academia Española -RAE-. Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario [En Línea]. Actualización 2018 [25 de octubre de 2019]. Disponible en la Web: <https://dle.rae.es/?id=Lgshf22>

juzgador, atendiendo las condiciones del caso concreto y, particularmente la apariencia del buen derecho.

“De esas limitaciones no está exento el recurso extraordinario de revisión, habida cuenta que si bien el artículo 385 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo amparo se está tramitando este asunto, autoriza el decreto de cautelas, es perentorio al señalar que se podrán decretar en la medida que estén dentro de los supuestos «autorizados en el proceso ordinario» y se soliciten «en la demanda». Entendiéndose que con la entrada en vigencia del artículo 590 del Código General del Proceso desde octubre de 2012, serán las que estén habilitadas en los juicios declarativos (...)”.

“(...)”.

“Es preciso anotar que dada la sustancial diferencia que existen entre la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes no es dable pretender hacer concurrir uno y otro de manera indiscriminada, cuando el legislador es claro al señalar las que en cada caso resultan procedentes.

“Es por ello, que en asuntos como el presente donde la discusión puesta a consideración de la jurisdicción en el juicio contentivo de la decisión impugnada se cierne en derechos herenciales que recaen sobre bienes inmuebles, resulta procedente de acuerdo con el contenido expreso del citado artículo 590 la inscripción de la demanda respecto de los mismos y no su secuestro, amen que no puede olvidarse que el decreto de este último sobre inmuebles indiscutiblemente comprende todos los frutos, rentas y demás que le son inherentes, pero el legislador limitó las cautelas únicamente a la primera, esto es la inscripción de la demanda (...)”⁹.

5. Así las cosas, se evidencia la lesión a la prerrogativa contenida en el canon 29 de la Constitución Política, por cuanto el tribunal, pese a reconocer que estaba frente a un juicio verbal de *“regulación y pérdida de intereses por cobro excesivo”*, donde no se discutía ninguna de las tres hipótesis previstas para la procedencia de la inscripción de la demanda, esto es, 1. Que *“(...) (i) verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o [(ii)] como consecuencia de una pretensión distinta o en*

⁹ CSJ. AC1813-2018 de 8 de mayo de 2018, exp. 11001-02-03-000-2013-02466-00

subsidio de otra (...); 2. Que verse “*sobre una universalidad de bienes*”; y 3. *C]uando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual (...)*” (subraya fuera de texto) (lit. a) y b), num. 1º, art. 590 C.G.P.), estimó la viabilidad de la medida sobre varios bienes del tutelante, aduciendo, equivocadamente, hallarse la misma incluida en las *innominadas*, previstas en el literal c) *ídem*.

Esa postura, como se vio, desconoce el carácter restringido y limitado de las medidas cautelares preceptuadas en la vigente codificación procesal civil y extiende los alcances de la renombrada inscripción de la demanda a debates litigiosos no previstos por el legislador.

Por tanto, para conjurar la lesión causada con las decisiones de los accionados, se le ordenará al tribunal rehacer su actuación atendiendo a lo expresado en este pronunciamiento.

Si bien esta Sala ha considerado que en la labor de administrar justicia, los juzgadores gozan de libertad para la exégesis del ordenamiento jurídico y la valoración de los elementos demostrativos¹⁰, motivo por el cual el fallador de tutela no puede inmiscuirse en sus pronunciamientos; en los eventos en los cuales la autoridad profiere una decisión ostensiblemente contradictoria o desajustada del plexo normativo o de la jurisprudencia, como la aquí atacada, es factible la intervención de esta particular jurisdicción, por

¹⁰ CSJ. STC de 19 jun. 2013, rad. 2013-00182-01.

cuanto, se afecta rectamente el debido proceso y el principio de identidad en la construcción del silogismo judicial, menoscabando el derecho a la defensa.

6. Deviene fértil abrir paso a la protección incoada, dado el control legal y constitucional que atañe en esta sede al juez, compatible con el necesario ejercicio de control convencional, siguiendo el Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969 (art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), a fin de garantizar el debido proceso.

El convenio citado es aplicable por virtud del canon 9 de la Constitución Nacional, cuando dice:

“(...) Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (...)”.

Complementariamente, el artículo 93 *ejúsdem*, contempla:

“(...) Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)”.

El mandato 27 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹¹, debidamente adoptada por Colombia, según el cual: *“(...) Una parte no podrá*

¹¹ Suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.

*invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)*¹², impone su observancia en forma irrestricta cuando un Estado parte lo ha suscrito o se ha adherido al mismo.

6.1. Aunque podría argumentarse la viabilidad del control de convencionalidad sólo en decursos donde se halla el quebranto de garantías sustanciales o cuando la normatividad interna es contraria a la internacional sobre los derechos humanos, se estima trascendente efectuar dicho seguimiento en todos los asuntos donde se debata la conculcación de prerrogativas *iusfundamentales*, así su protección resulte procedente o no.

Lo aducido porque la enunciada herramienta le permite a los Estados materializar el deber de garantizar los derechos humanos en el ámbito doméstico, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, ejercicio que según la Corte Interamericana se surte no sólo a petición de parte sino *ex officio*¹³.

No sobra advertir que el régimen convencional en el derecho local de los países que la han suscrito y aprobado, no constituye un sistema opcional o de libre aplicación en los ordenamientos patrios; sino que en estos casos cobra vigencia plena y obligatoriedad con carácter impositivo para

¹² Aprobada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985.

¹³ Corte IDH. Caso Gudiél Álvarez y otros ("Diario Militar") contra Guatemala. Sentencia de noviembre 20 de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330.

todos los servidores estatales, debiendo realizar no solamente un control legal y constitucional, sino también el convencional; con mayor razón cuando forma parte del bloque de constitucionalidad sin quedar al arbitrio de las autoridades su gobierno.

6.2. El aludido control en estos asuntos procura, además, contribuir judicial y pedagógicamente, tal cual se le ha ordenado a los Estados denunciados –incluido Colombia¹⁴, a impartir una formación permanente de Derechos Humanos y DIH en todos los niveles jerárquicos de las Fuerzas Armadas, jueces y fiscales¹⁵; así como realizar cursos de capacitación a funcionarios de la rama ejecutiva y judicial y campañas informativas públicas en materia de protección de derechos y garantías¹⁶.

Insistir en la aplicación del citado control y esbozar el contenido de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en providencias como la presente, le permite no sólo a las autoridades conocer e interiorizar las obligaciones contraídas internacionalmente, en relación con el respeto a los derechos humanos, sino a la ciudadanía informarse en torno al máximo grado de salvaguarda de sus garantías.

¹⁴ Corte IDH, Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párrs. 259 a 290, criterio reiterado Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 295 a 323.

¹⁵ Corte IDH, Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 229 a 274.

¹⁶ Corte IDH, Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrs. 278 a 308.

7. La salvaguarda impetrada será dispensada.

3. 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: CONCEDER la tutela solicitada por José Francisco Rodríguez Maldonado frente a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, integrada por la magistrada Martha Isabel García Serrano, con ocasión del asunto verbal de “*regulación y pérdida de intereses por cobro excesivo*” iniciado por Proalimentos Liber S.A.S. contra el aquí actor.

En consecuencia, se le ordena a la corporación convocada que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, deje sin efecto la providencia de 5 de julio de 2019 y las que de ella se desprendan, y proceda, nuevamente, a proveer sobre la apelación impetrada frente al auto de 28 de agosto de 2018, conforme a lo discurrido en este pronunciamiento. Por secretaría, remítasele copia del mismo.

SEGUNDO: Notifíquese lo así decidido, mediante comunicación telegráfica, a todos los interesados.

TERCERO: Si este fallo no fuere impugnado remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Presidente de Sala

Con salvamento de voto

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

SALVAMENTO DE VOTO

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado

Radicación n.º 11001-02-03-000-2019-02955-00

Con el respeto de siempre a la Sala mayoritaria, me permito disentir de lo resuelto en la tutela de la referencia en cuanto concedió el amparo, pues en mi criterio la deducción del Tribunal no luce arbitraria, como quiera que una interpretación sistemática y principialística de las disposiciones que regulan las «*medidas cautelares en los procesos declarativos*», conlleva a considerar que al parecer las limitantes que impuso la decisión no tienen cabida, como enseguida será explicado:

1.- La tesis que gobernó la solución del caso sostuvo que la inscripción de la demanda, el secuestro y el embargo, **únicamente** proceden en los estrictos eventos señalados en los literales “a” y “b”, del numeral primero, del artículo 590 del Código General del Proceso. Que, por fuera de tales hipótesis, no es admisible la utilización de esos instrumentos, incluso aún bajo la fórmula del literal “c” de ese mismo canon, esto es, ni siquiera tras concebirse como

«cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio (...)». Huelga reiterar, que no constituyen en ningún caso medidas innominadas.

De allí que haya sido conferido el resguardo reclamado por José Francisco, en la medida en que

(...) se evidencia la lesión a la prerrogativa contenida en el canon 29 de la Constitución Política, por cuanto el Tribunal, pese a reconocer que estaba frente a un juicio verbal de “regulación y pérdida de intereses por cobro excesivo”, donde no se discutía el dominio ni otros derechos reales principales directa o consecuentemente y tampoco se buscaba el pago de perjuicios provenientes de la responsabilidad civil contractual o extracontractual del demandado (lit. a) y b), num. 1º, art. 590 C.G.P.), estimó la procedencia de la medida de inscripción de la demanda sobre varios bienes del tutelante, aduciendo, equivocadamente, hallarse la misma incluida en las innominadas, previstas en el literal c) ídem. (págs. 14 y 15, Sent).

2.- Al respecto, memorase cómo el proceso civil de esta era, sentado en la Ley 1564 de 2012, zanjó la deuda histórica que se tenía frente a los cambios traídos por las nuevas realidades que provocó la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991. Por manera que para el legislador de la novel codificación adjetiva fue indispensable rediseñar las reglas procedimentales con la mira puesta en la norma superior.

Así se decantó en el *«informe de ponencia para primer debate del proyecto de ley No. 196 de 2011 Cámara»* (G.L.

250 de 2011), que los objetivos de la nueva disposición eran los siguientes:

- a) *Adoptar un nuevo Código de Procedimiento que regule toda la actividad del proceso judicial, elaborado íntegramente a partir del propósito de **mejorar el sistema de justicia**, teniendo en cuenta los avances alcanzados por otros países, principalmente los que exhiben similares características socioeconómicas a las nuestras, y sin desperdiciar los logros de la legislación procesal colombiana de las últimas décadas.*
- b) ***Erradicar los factores normativos que dificultan la eficacia de la función jurisdiccional**, teniendo en cuenta la experiencia que ha dejado la actividad judicial con sujeción al actual régimen procesal.*
- c) *(...).*
- d) ***Ofrecer mecanismos procesales que faciliten el avance de los trámites judiciales, y aseguren la observancia real de las garantías constitucionales en el proceso.** (...).* (Negrillas fuera del texto original).

Panorama que trascendió al campo de las precautorias, pues el legislador robusteció el papel de éstas en los juicios de conocimiento, por resultar elemental que, en últimas, son ellas las que aseguran el «*acceso a la administración de justicia*» (art. 229, C.Pol.), al garantizar que todo ciudadano tenga derecho a obtener la satisfacción o materialización del fallo judicial emitido dentro de un litigio.

Finalidad que concuerda con otros postulados, como el que «*el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial*» (art. 11, C.G.P.), es decir, la «*tutela jurisdiccional efectiva*» (art. 2, *ibídem*), así como «*la igualdad real de las partes*» (art. 4, *ejúsdem*), de

donde emerge un enfoque particular de la totalidad de los componentes del «*proceso civil*», entre ellos, el que en esta oportunidad se trata.

Nótese, entonces, que las medidas cautelares están fundadas en por lo menos 3 principios. En la tutela judicial efectiva, en tanto debe procurarse que la ejecución o el cumplimiento de la solución dada a la controversia sea realmente probable. En la igualdad real entre las partes, en la medida en que el juez está llamado a utilizar los poderes a él otorgados para nivelar o aplanar el desnivel natural en que están las partes frente al derecho discutido. Y la dignidad humana, como único limitante del poder jurisdiccional, toda vez que ninguna potestad puede generar un trato que cause sufrimiento físico, mental o psicológico injusto, o que humille sin fundamento al individuo frente a los demás.

2.1.- Ahora bien, para la doctrina las medidas cautelares son instrumentos mediante los cuales, de forma accesoria y transitoria o provisional, se procura garantizar el cumplimiento de la sentencia, dada la apariencia de buen derecho que tiene el actor, así como el peligro que representa la tardanza del juicio para el derecho perseguido con la pretensión (*Fumus Boni Iuris – Periculum In Mora*)

En ese orden serán nominadas, típicas o específicas, las cautelas que el legislador destine para una particular eventualidad, conforme a unos supuestos por él *a priori* definidos. Innominadas, atípicas o genéricas, aquellas que, sin estar previstas en la ley, facultan al juez para que las individualice y puntualice en el caso sometido a su conocimiento, a instancia de aquél a quien favorezca.

Por eso para Ugo Rocco las medidas cautelares genéricas o atípicas *«son aquellas disposiciones judiciales caracterizadas porque se basan en un criterio discrecional en virtud del cual es valorada su oportunidad, urgencia y contenido, y porque como corolario, no se adecuan necesariamente a un tipo legal sino a las necesidades de una situación, personal u objeto y a un resultado concreto, teniendo por finalidad en sede cautelar bien el probable derecho de una parte ante el fundado temor de que se pueda causar, en forma presunta o cierta, una lesión grave o de difícil reparación, o bien el aseguramiento provisorio de los efectos de la decisión sobre el fondo para que no se haga ilusoria»*.

2.2.- Puestas las cosas de esa manera, la hermenéutica que está llamada a dársele al artículo 590, numeral primero, literal “c”, del Código General del Proceso, sugiere, a modo de regla general, la posibilidad de decretar dentro de un proceso judicial declarativo *cualquier medida*

que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión, previa petición de parte.

Eso sí, para que ello ocurra, *«el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho»*, así como *«tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida»*.

Sin olvidar que, de forma complementaria, el legislador relevó al funcionario judicial de realizar el estudio de los presupuestos legales y constitucionales referidos en el párrafo anterior, cuando *«la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes»* o, *«cuando el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual»* (Lit. a y b, numeral 1º, art. 590 C.G.P.), ya que en estos episodios el examen de la legitimidad, efectividad, razonabilidad, ponderación y necesidad de la inscripción de la demanda, el embargo y/o el secuestro fue superado por la ley de antemano.

Sin embargo, lo visto en nada significa que esas mismas previsiones no puedan adoptarse como innominadas en causas diferentes, cuando el juez advierta satisfechos los requerimientos de orden superlativo y legal mencionados (*apariencia de buen derecho, peligro con la mora, razonabilidad, efectividad, ponderación, entre otros*); tarea que está llamado a complacer el interesado, con la respectiva solicitud.

Esto es, las medidas innominadas no solo son las que no están expresamente señaladas en la ley, sino aquellas que estándolo en el ordenamiento, no lo están para un caso específico o particular, pues frente a éste son verdaderamente genéricas a pesar de ser típicas para otras eventualidades.

Ello porque prima la «*efectividad de la sentencia*» y no la «*interpretación restrictiva*» que antes era. Así, en las acciones reales, que consagran típicamente solo la inscripción de la demanda, pudiera aplicarse el embargo, que no está expresamente indicado, siempre que por ese camino se vaya tras la efectividad del fallo favorable al actor y se cumplan los requisitos que la norma exige (Lit. c, num. 1º, art. 590, C.G.P.).

2.3.- En conclusión, el artículo 590 del Código General del Proceso formuló una regla general (lit. “c”) y dos

complementarias (lit. “a” y “b”), en las que instituyó las medidas cautelares nominadas que allá se exponen y las innominadas que vengan al caso, medidas éstas que para otros eventos podrán ser nominadas.

3.- Desde esa perspectiva, el proveído atacado por José Francisco no luce antojadizo, en razón a que «*la inscripción de la demanda sobre varios bienes del tutelante*», dentro de una «*regulación y pérdida de intereses por cobro excesivo*», es plausible de ser necesaria y proporcional para «*la efectividad de la pretensión*», a voces del literal c), del numeral 1º, del artículo 590 de la ley 1564 de 2012. Miramientos que tuvo en cuenta el Colegiado reprochado para obrar de la manera conocida.

En esos términos dejo sentada mi postura.

Fecha *ut supra*,

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado