

República de Colombia



Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil

Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Ref.: Proceso verbal de Santiago Peña Puentes y otros contra Leasing Bancolombia S.A y otros.

En orden a resolver el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra el auto de 3 de abril de 2019, proferido por el Juzgado 37 Civil del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, para negar unas medidas cautelares, bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. En el tema de medidas cautelares el legislador procura ocuparse de todo: las diseña y les da nomenclatura (embargo, secuestro, inscripción de demanda, etc.); establece los requisitos para su ordenamiento (p. ej. de oficio o a solicitud de parte, con caución o sin caución); gobierna la manera de practicarlas (momento en que se consuma, acompañamiento de un auxiliar, mecanismos de comunicación, entrega de bienes, etc.); determina los juicios en los que tienen cabida (p. ej. embargos en ejecuciones, inscripción de demanda en declarativos); precisa el momento procesal de su decreto (desde la admisión de la demanda o con posterioridad al fallo de primera instancia, para citar dos casos) y, claro está, regula las hipótesis de levantamiento (contracautelas, protección de terceros, etc.).

Con otras palabras, en esta materia la ley suele ser reparona, detallista o minuciosa: se ocupa del ¿qué?, del ¿cómo?, del ¿cuándo? y del ¿dónde? No en vano precisa el artículo 590 del CGP, que sus reglas gobiernan “la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o



revocatoria”. Y con esta orientación puntualiza, por ejemplo, que tratándose de procesos declarativos tiene cabida la inscripción de la demanda, incluso desde que ella se radica, si el pleito versa sobre derechos reales principales o el reconocimiento de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, mientras que el embargo y secuestro se abrirán paso si –en ambos eventos- la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, aunque en la primera tipología de litigios no es del caso impedir su práctica o pedir que se levante, como sí fue previsto para el segundo por estar en juego derechos personales.

Por su importancia resaltemos que en esas dos (2) hipótesis (CGP, art. 590, num. 1, lits a) y b)), el juez no puede negar la medida cautelar si el demandante la solicita; al fin y al cabo es su derecho, por lo que no hay espacio para que el juzgador examine la probabilidad de éxito de la pretensión, la necesidad, la legitimación o el interés para actuar, como tampoco la amenaza de la vulneración. Basta pedirla para que ella –previa caución- se decrete, pues la ley le cerró todo espacio al arbitrio judicial.

2. Más, he aquí la nueva codificación confiando en el juez, porque tras dicho reglamento previó –en el mismo artículo- que podía él decretar “cualquier otra medida que... encuentre razonable” (lit. c)). Le dijo sí desde cuándo (tras la presentación de la demanda), permitió la contracautela y le dio unos parámetros de evaluación: que reparara en la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, la legitimación o interés de ambas partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Pero en cuanto a la clase de medida cautelar la ley se abandonó, como



complemento a su propia regulación, al prudente criterio del juez: que sea él quien la disponga, dependiendo de cada caso. Su mensaje fue elocuente: obra a discreción, pero con razonabilidad. Si así lo hicieres, le dijo, podrás decretar “cualquier otra medida”. Incluso le concedió gobierno frente a su duración, alcance, modificación, sustitución o terminación.

También por su importancia destaquemos que en esta hipótesis (lit. c)), a diferencia de la anterior, la discrecionalidad del juez subió de tono porque, amén de permitirle seleccionar la cautela, el legislador lo habilitó para negarla, e incluso para decretar una menos gravosa o diferente de la que fue suplicada. Nada de imposiciones de parte, como sí sucede con la inscripción de la demanda. En este evento es el juez el que, presidido por las reglas de la lógica, de la justicia y de la equidad, dictamina qué cautela es la que más conviene, si es que conviene, para tutelar de manera efectiva el derecho cuya satisfacción se reclama.

En suma, en procesos declarativos la nueva ley procesal, como novísimo aspecto, le confirió al juez dos poderes cautelares: uno para obrar discrecionalmente en el decreto de la medida: que la escoja, que disponga de “cualquiera”, e incluso que niegue la pedida; y otro para modularla, puesto que suya es la posibilidad de modificarla, sustituirla, cancelarla, fijar su duración y precisar su alcance.

3. Pero he aquí a los interpretes disputando si, a propósito del decreto, la norma hizo referencia a toda clase de medidas cautelares, sean típicas o atípicas, o si únicamente se refirió a las últimas, también llamadas innominadas. Y aunque el legislador no distinguió, pues empleó la expresión “cualquiera otra”, significando ese adjetivo



indefinido, según la RAE, “la totalidad del conjunto denotado por el nombre al que modifica”, dos posturas han sido enarboladas para precisar el alcance de la disposición:

a. Un sector considera que el juez puede decretar todo tipo de medida cautelar, diseñada por él, las partes o el legislador, entre ellos los embargos y secuestros. Que no repare en quién la perfiló, sino en su utilidad para el proceso. No es que se decrete como innominada la que es típica, sino que el legislador le confirió al juez un poder discrecional, que no arbitrario, para decretar unas y otras.

En este sentido, dos jurisprudencias de este Tribunal Superior vienen a cuento:

“De conformidad con lo plasmado en la novísima regulación concerniente al régimen de medidas cautelares dentro de los procesos declarativos, el embargo no encuentra la fatal negación que destacó el *a quo*, pues la limitación de tal característica no aparece reglada en la codificación procesal y, contrariamente, emerge de esa misma directriz normativa una específica pauta en virtud de la cual, de apreciarse la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, así como la legitimación del interesado para solicitarla y la apariencia de buen derecho, se abre paso su decreto, con independencia del mecanismo utilizado, bien sea a través de las clásicas preliminares de común usanza en el tráfico jurídico patrio –inscripción de la demanda, embargo, secuestro, aprehensión-, u originales herramientas que, ya por consideración de las partes, o por iniciativa del juzgador, resultan ajustadas al debate –laborio preliminar que, admitido por el legislador, dista de configurar un prejuizgamiento-.”¹

Y en otra se afirmó que,

¹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Auto de 15 de septiembre de 2017. Exp.: 033201500513 02. MP. SUÁREZ GONZÁLEZ Luis Roberto.



“... de la simple lectura de la norma, es dable afirmar que el estatuto adjetivo civil facultó a los jueces para decretar cualquier cautela que cumpla con los objetivos allí relatados, aquiescencia que no sólo autorizó las cautelas innominadas, sino que adicionalmente avaló la orden de medidas de carácter legal y de aquellas a las que, en su sapiencia, el juzgador dé origen.

*Así pues, ‘al amparo de esa disposición bien pueden los jueces, si la pretensión es plausible, disponer para el caso concreto una medida como ‘el pago provisorio, pero también un embargo, o un secuestro, o una inscripción de demanda, así ésta no verse sobre los temas en los que, en principio, tiene cabida una de esas medidas’.*²

También la doctrina se ha ocupado del tema, como por ejemplo Rojas y Forero, para señalar –el primero- que,

“...es importante advertir que el texto completo del precepto (CGP, art. 590) expresa el propósito de facilitar la adopción de cualquier cautela en los procesos declarativos, siempre que el juez la encuentre legítima, como lo sugiere el enunciado. Por lo tanto, no parece correcto entender el contenido de la disposición con significado limitativo, sino expansivo. Siendo así, la expresión ‘cualquiera otra medida’ no debe interpretarse en el sentido de excluir las cautelas mencionadas en el resto del precepto, sino en el de autorizar la adopción de medidas razonables en cualquier proceso declarativo.

A partir de allí es preciso concluir que en todos los procesos declarativos puede ser decretada cualquier cautela previa evaluación judicial de su legitimidad, y que en las situaciones específicamente previstas, el decreto de las medidas allí indicadas no requiere dicha valoración por haber sido realizada en abstracto por el legislador.

En definitiva, en los procesos declarativos no mencionados por el precepto respectivo (CGP, art. 590) tiene cabida cualquier medida

² Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Auto de 24 de julio de 2019. Exp.: 034201900225 01. MP SUÁREZ OROZCO Juan Pablo.



cautelar, incluso, típica, siempre que supere la valoración judicial sobre su legitimidad”³

El segundo, por su parte, ha puntualizado que tratándose de medidas cautelares innominadas,

“bien puede [el juez] para determinados eventos, adoptar a manera de innominada cautelas como el embargo, el secuestro, o la inscripción de demanda sobre bienes del demandado, pues quizá esa medida sea la apropiada, y para el asunto en particular no estaba expresamente nominada en la ley.”⁴

b. Otro sector considera que al amparo de esta norma, el juez sólo puede decretar medidas cautelares atípicas o innominadas.

Aquí también es necesario traer a colación dos jurisprudencias de este Tribunal. En una se apuntó que,

“...el embargo está sometido a una especial regulación en materia de procesos declarativos que, por regla especial, lo restringe para una oportunidad especial posterior, cual es la expedición de la sentencia de primera instancia favorable al demandante, y no parece viable en forma indiscriminada desde un comienzo (*ab initio*), su adopción por vía de las denominadas medidas cautelares discrecionales o innominadas, consagradas en el referido precepto 590-1, ordinal c)...”

(...)

“...el embargo en el sistema procesal civil, con el CPC y el CGP, no es una posibilidad abierta a todo tipo de contiendas sino reservada a ciertos asuntos, según puede deducirse de los específicos mandatos consignados en varias normas de ambos estatutos, como las relativas

³ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Lecciones de Derecho Procesal. Procesos de Conocimiento. Tomo IV. Escuela de Actualización Jurídica. 2016. P. 66 y 67.

⁴ FORERO SILVA, Jorge. Medidas Cautelares en el Código General del Proceso. Editorial Temis. 2018. P. 38.



a procesos ejecutivos u otras particularidades, *verbi gratia*, algunos declarativos de familia”.

(...)

“...esas medidas del nuevo código para procesos declarativos, conocidas como innominadas, atípicas o discrecionales, en línea de principio, no deben ser medidas las (sic) típicas o nominadas, sino medidas de otra clase, para eventualidades en que las expresamente autorizadas en esa categoría de procesos, no ofrezcan suficiente protección del derecho, o no sean aptas para evitar su infracción, para prevenir daños o garantías de efectividad, menguas que desde luego deben darse en relación con la naturaleza especial de las controversias, *verbi gratia*, asuntos relativos a violación de derechos de autor o de propiedad industrial, de protección al consumidor, al ambiente u otros similares, eventos que por su especial caracterización no siempre encuentran remedio en contraprestaciones posteriores de contenido económico, y que por eso a veces reclaman de manera preventiva medidas creativas, construidas por el juez a partir de la solicitud respectiva”.⁵

Y en otra se conceptuó que,

“...tampoco proceden el embargo y secuestro de los aparatos en cuestión, preventivas que, contrario a lo alegado por la censura, gozan de expresa consagración legal, pero no pueden decretarse en los juicios declarativos, porque la cautela típica aplicable en esa clase de asuntos es la inscripción de la demanda, siempre y cuando se pretenda el pago de perjuicios por responsabilidad civil contractual o extracontractual – hipótesis ajena al *sub iudice*-, o si el litigio versa sobre dominio u otros derechos reales principales, naturaleza que no ostenta la posesión aquí controvertida, a la luz del artículo 665 del Código Civil.”⁶

En este mismo sentido se inclina un segmento de la doctrina, al puntualizar que,

⁵ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Auto de 19 de marzo de 2015. Exp.: 001201400139 01. MP. ISAZA DÁVILA José Alfonso.

⁶ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Auto de 16 de noviembre de 2018. Exp.: 004201600236 02. MP: SABOGAL VARÓN Nubia Esperanza.



“...el querer del legislador en materia de medidas cautelares de inscripción de la demanda, embargo y secuestro fue autorizarlas expresamente en los asuntos en los que las mismas procedan. Obviamente, si para un proceso en particular no se ha autorizado la inscripción de la demanda o el embargo y secuestro de bienes, ello significa que el legislador no las consideró viable para ese asunto, por lo que no puede decretarse ninguna de estas cautelas tratándolas como innominadas.

(...)

Cuando el legislador no considera viable el decreto de la medida cautelar de inscripción de la demanda, el embargo y el secuestro, simplemente no las autoriza, de manera que esa voluntad legislativa no puede ser ignorada y suplantada por el juez, pues este puede innovar en materia de cautelas, pero no donde ya la ley las ha definido o no consagrado”⁷

También se ha sostenido que,

“...por su excepcionalidad, las cautelas genéricas o indeterminadas deben tener un tratamiento residual, lo que implica que no son concurrentes o simultáneas con las nominadas, sino sucesivas, es decir, que sólo operan en defecto de las otras y ante su imposibilidad de aplicarlas.

Así, si en un proceso se demanda la declaratoria de resolución de un contrato de compraventa celebrado respecto de un inmueble, como la pretensión versa sobre el derecho real de dominio, el demandante podrá solicitar que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 590 numeral 1º literal a) del C.G.P. se decrete como medida cautelar la de la inscripción de la demanda. Empero, no debería tener eco su solicitud de que al abrigo de lo enunciado en el artículo 590 numeral 1º literal c) del C.G.P. se acceda también a una medida cautelar atípica que, para él, podría ser el embargo y retención de los dineros que su contraparte tenga depositadas en un banco.

⁷ BEJARANO DUZMÁN, Ramiro. Procesos Declarativos, Arbitrales y Ejecutivos. Bogotá. Novena Edición. Editorial Temis. 2019. P. 266.



De no acatarse esa mínima precaución, lo que va a suceder en la práctica forense judicial —e infortunadamente ya viene ocurriendo en algunos estrados— es que, so pretexto del acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, a la parte demandada se le abrume con un exorbitante peso de las medidas cautelares, al punto de que enfrente o padezca; inscripción de demanda con base en el literal a) del artículo 590; inscripción de la demanda con apoyo en el literal b) del citado artículo (que recae sobre otro bien distinto del envuelto en la controversia y que se abre paso cuando además de la pretensión declarativa se acumula una de condena relacionada con el pago de los perjuicios); y medida cautelar innominada pedida y decretada con fundamento en el literal c) de ese mismo artículo.

Como si ello no bastara para evidenciar el quebranto de las garantías del extremo pasivo, la regla en materia de medidas cautelares atípicas es que cuando se solicitan casi siempre terminan en el embargo y secuestro de bienes del demandado (así el peticionario recurra a eufemismos que desembocan en el mismo resultado), de tal suerte que ahora tenemos multiplicidad de procesos declarativos en los que, pese a su clásica incertidumbre acerca de la existencia del derecho, aun así quien los promueve lo hace con la ventaja de haber logrado, como si fuera un ejecutivo y vía cautelar genérica, que mientras se tramita la causa su contraparte tenga los bienes en estado de inalienabilidad”⁸

4. Pues bien. Aunque sobre esta controversia ya había tomado postura, pues años ha puntalicé, en otra decisión que, “si se miran bien las cosas, [el CGP] no sólo habilitó las órdenes cautelares innominadas o atípicas, sino, mejor aún, las medidas cautelares discrecionales, por cuanto los jueces, con respaldo en esa disposición, no sólo pueden abrirle paso a medidas que ellos mismos ideen o diseñen, sino también a las que el legislador ha previsto y configurado”⁹, es útil resaltar por qué

⁸ HERNÁNDEZ VILLAREAL, Gabriel. *Medida Cautelar Innominada. Observaciones Críticas desde la Escuela del Garantizo Procesal*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2019. p. 128 y 129.

⁹ Auto de 17 de marzo de 2015. Exp.: 030201400509 01.



debemos insistir en esta tesitura, pese a los ponderados argumentos expuestos por quienes opinan lo contrario.

En efecto, son varias las razones que conducen a sostener que el juez, en procesos declarativos, sí puede decretar medidas típicas y atípicas, con fundamento en el literal c) del numeral 1º del artículo 590 del CGP:

a. La primera, que las medidas cautelares tienen como propósito materializar el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, por lo que el juez, antes que privilegiar un criterio restrictivo que impida la adopción de una de ellas, debe preferir un criterio amplio que permita proteger el derecho objeto del litigio, impedir la infracción o que ella se ensanche, prevenir mayores daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Con otras palabras, si el juez encuentra que una medida cautelar es necesaria, que las partes tienen legitimación o interés, y que existe humo de buen derecho, entre otras variables, flaco servicio le haría a la justicia y al derecho fundamental aludido, expresamente reconocido en los artículos 2 y 229 de la Constitución Política –amén del art. 2 del CGP–, si la negara pretextando que por ser típica no puede ser decretada como discrecional. Tal suerte de postura equivale a sostener que más importante que el derecho a tutelar, es la tipología declarativa del proceso. ¿Acaso las cautelas no tienen carácter instrumental? ¿Cómo decirle, entonces, a una persona que parece que suyo es el derecho, que ciertamente se reúnen las demás exigencias previstas en la referida norma, sólo que la medida que suplica es nominada, por lo que no puede decretarse por omisión del legislador?



Piénsese, por vía de ilustración, en un asunto de responsabilidad civil extracontractual en el que el demandante, desde los albores del proceso, aporta pruebas para demostrar que su demandado, quien conducía una bicicleta, lo atropelló y le causó lesiones personales graves. Si este último no tienes bienes sujetos a registro, pero sí dineros en una cuenta corriente, qué debe preferir el juez: conceder el embargo de esos recursos, con fundamento en el mencionado literal c), o dejar al demandante sin cautela, so capa de que no es medida habilitada, con el alto riesgo de no asegurar el pago de la eventual condena? Si lo primero, se habrá enseñoreado la tutela jurisdiccional efectiva; si lo segundo, la negación de ese derecho.

b. La segunda, que en las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial (C. Pol., art. 228), por lo que el juez, al interpretar la ley procesal, siempre –se insiste, siempre- debe tener en cuenta que su objeto es la efectividad de esos derechos.

Luego, la duda que se presenta sobre la viabilidad o no de medidas cautelares típicas bajo el espectro del referido literal c), debe resolverse en beneficio del derecho material (CGP, art. 11), de suerte que si la medida más apropiada para amparar el derecho en discusión –que debe lucir esplendente, según las pruebas recaudadas- ya tiene diseño legal, el juez, antes que indagar si puede decretarla, debe preguntarse cómo no ordenarla. Resolver esa duda dejando el proceso sin cautela y el derecho sin protección, tiene tufillo de sacrificio del derecho sustancial.

Otro ejemplo ilustra el planteamiento: el pago provisorio es una medida cautelar típica que el legislador autorizó en ciertos y puntuales



procesos como los de filiación (CGP, art. 386, num. 5) y alimentos (art. 397, num. 1, ib.). ¿Acaso no podría el juez decretarlo en favor de una persona que, tras un accidente de tránsito, quedó –sin culpa suya– parapléjica y vio mermada su posibilidad de obtener ingresos como trabajador independiente que era? ¿No podría disponer que el asegurador –vinculado en acción directa– fuera pagando una renta periódica mientras se desarrolla el proceso, si es que se configuran los presupuestos de la norma que se comenta?

Y véase esta otra hipótesis: ¿podría decretarse el secuestro de una casa de habitación cuya reivindicación pide el propietario, si además de su dominio y de la posesión del demandado también demuestra, con la demanda, que la requiere con urgencia para darse vivienda él y su familia, que era el destino que tenía el predio antes de la ocupación del demandado, quien simplemente la utiliza como bodega? Puede que sí, según el caso, porque esa cautela evitaría que se prolongaran los efectos de la infracción del derecho real, aseguraría un derecho de segunda generación y garantizaría el cumplimiento del fallo. Será el juez quien examine si se cumplen los requisitos del literal c) del numeral 1º del artículo 590 del CGP. Pero negarla porque la ley, en abstracto, simplemente la previó bajo supuesto de fallo estimatorio, no sólo es desconocer al propio legislador, en lo que dispuso en la referida norma, sino impedir la satisfacción tempestiva –aunque provisional– del derecho sustancial.

c. La tercera, que las medidas cautelares procuran, de una u otra forma, materializar el derecho de igualdad en el proceso, porque si desde un comienzo se prueba, en términos de probabilidad, que un derecho ha sido conculcado, la cautela impide que el demandado



–durante su trámite- tenga una posición más ventajosa que el demandante. Por esa misma vía, si no hay humo de buen derecho, negar la cautela equivale a mantener a los contendientes en un plano de igualdad, porque no se sabe quién tiene la razón.

Por consiguiente, si el juez debe procurar la igualdad de las partes, pero no una cualquiera –menos la simplemente formal-, sino una real y efectiva (C. Pol., art. 13; CGP, art. 4), negar una medida al amparo de los poderes cautelares discrecionales del juez, reconocidos expresamente por la ley, equivale a inclinar la balanza en beneficio del demandado, pese a que existan pruebas de que lesionó o vulneró el derecho del demandante. Y no se diga que al proceder de ese modo se le coloca en situación desventajosa, puesto que la cautela sólo se decreta si se presta caución para “responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica” (art. 590, num. 2, ib.).

El mismo ejemplo del embargo de dineros en cuenta corriente, ya referido, ilustra este planteamiento. Más aún, si el demandado quiere impedir su práctica o solicitar que se levante, puede prestar caución que garantice el cumplimiento de la sentencia, por lo que no resulta maltrecho el derecho de igualdad.

d. La cuarta, que si las normas de una ley deben interpretarse en consonancia con las demás de la misma normatividad, tanto más si se trata de una codificación, no es posible perder de vista que en otras disposiciones del Código General del Proceso, el legislador también previó la posibilidad de decretar medidas cautelares discrecionales, como sucede en los juicios de familia, al señalar que, “a criterio del juez [podrá decretar] cualquier otra medida necesaria para evitar que se



produzcan nuevos actos de violencia intrafamiliar o para hacer cesar sus efectos y, en general, en los asuntos de familia, podrá actuar de oficio en la adopción de las medidas personales de protección que requiera la pareja, el niño, niña o adolescente, el discapacitado mental y la persona de la tercera edad” (CGP, art. 598, num. 5, lit. f)).

En este orden de ideas, la tesis que considera que el juez, con respaldo en la norma que se interpreta, sólo puede decretar medidas cautelares innominadas (concepto diferente al de medidas discrecionales), se ofrece restrictiva, condicionada o prohibitiva y, por esa vía, marginada de claros principios constitucionales y legales en materia de tutela jurisdiccional efectiva y prevalencia del derecho sustancial.

Es cierto que el legislador, como dicen Bejarano, Hernández y un sector de la judicatura, diseñó algunas medidas cautelares que, como el embargo y el secuestro, habilitó bajo ciertos presupuestos. Pero ese argumento sólo es fuerte en ausencia de autorización legal para que el juez decrete cualquier medida, como sucedía en el Código de Procedimiento Civil, pues si la propia ley, como acontece en el Código General del Proceso, le concedió al juez el poder de ordenar la cautela más apropiada para salvaguardar el derecho, dicha justificación termina por desconocer la nueva normatividad. Al fin y al cabo, en la hora actual ya no es sólo la ley la que habla –en general- sobre el tema; también lo puede hacer el juez –de manera concreta- en cada litigio. Por eso la “voluntad legislativa” no se puede dejar a mitad de camino.

También es cierto que de los procesos declarativos es, en principio, la incertidumbre del derecho. Sin embargo, esa objeción decae con facilidad si se repara en que la ley le exigió al juez que reparara en la



aparición de buen derecho, por lo que, de configurarse, no se podría sostener que en el juicio campea la ausencia total de certeza. Todo se reduce al buen manejo de la teoría de las probabilidades.

Es cierto, igualmente, que el demandado merece protección, por lo que no se puede afectar su patrimonio sin tener fundamento. Nada de “abrumarlo”. Pero esta impugnación, que tanto se preocupa por los intereses del demandado, no tiene en cuenta que la medida cautelar discrecional tiene unos severos presupuestos, entre ellos la legitimidad de las partes, la necesidad, la proporcionalidad y, ello es medular, el humo de buen derecho, a los que se apareja que es indispensable prestar caución previa, con derecho de contracautela. Luego si el juez ordena una de ellas, típica o atípica, con soporte en el literal c) del numeral 1º del artículo 590 del CGP, es porque las pruebas sugieren con vehemencia que el demandado parece infractor o vulnerador de un derecho. ¿Por qué, entonces, brindarle mayor protección que a la víctima?

5. Con respaldo en estos argumentos, se concluye que el legislador, en esta última disposición, no condicionó el decreto cautelar a que la medida solicitada fuera de creación judicial, ni descartó las tipificadas en el código. Simplemente puntualizó que el juez podía decretar “cualquiera otra medida que... 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”, lo que significa que no sólo tienen cabida las cautelas de invención judicial (innominadas), sino también las que la propia ley ha previsto y regulado (nominadas), siempre que se acredite, claro está, (i) la legitimación o interés de las

17



partes; (ii) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho; (iii) la apariencia de bien derecho; (iv) la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, y (v) la prestación de una garantía o caución para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica.

6. En el caso que ocupa la atención del Tribunal, los demandantes, en un asunto de responsabilidad civil extracontractual, pidieron –como medidas discrecionales- el embargo y retención de las sumas de dinero depositadas en las cuentas bancarias de los demandados y del “cien por ciento (100%) del valor de la cobertura de la póliza... No. 040006081031” (fl. 190, cdno. 1), así como también la inscripción de la demanda en el certificado de existencia y representación legal de Leasing Bancolombia S.A., Seguros Generales Suramericana S.A. y la Lavandería Industrial Metropolitana –empresa última para la cual prestaba sus servicios el vehículo de placas WNL 876-.

Para dilucidar si se reúnen los presupuestos previstos en la referida norma, se advierte que (i) el 19 de agosto de 2016, a las 3:30 pm, a la altura de la carrera 108 con calle 23D de Bogotá, colisionaron los vehículos de placas WNL-876 (furgón) y VRT-97D (moto), distinguidos por la autoridad de tránsito como V1 y V2, respectivamente, según el informe policial de accidente de tránsito visible a folios 6 a 8 del cuaderno 1 de copias, en el que se precisó, en las casillas Nos. 11 y 13, que: “hipótesis 112 para el V1 por no respetar las señales de tránsito”; (ii) ese mismo día, el señor Santiago Peña Puentes, conductor de la motocicleta, fue llevado al Hospital de Fontibón por “dolor abdominal intenso” y “dolor en columna torácica” (fl. 9, ib), en donde, luego de varios exámenes médicos en el transcurso de la noche, se le practicó una



laparoscopia “por sospecha de hemoperitoneo” (fl. 13, ib.), la que arrojó como resultado un “hematoma expansivo retroperitoneal zona II izquierda. Sangrado activo proveniente del retroperitoneo izquierdo. Lesión renal izquierda grado III, con avulsión de polo inferior con sangrado activo. Fractura en tercio medio con sangrado activo y laceración del polo superior con sangrado activo. Lesión esplénica grado III, laceración de 3 cm en el polo inferior con sangrado activo” (fls. 15 y vto., ib.), y como diagnóstico “traumatismo del riñón” (fl. 17, ib.), que fue extirpado (el izquierdo) ese mismo día (fl. 18, ib.).

También se demostró que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el 24 de septiembre de 2016, otorgó una incapacidad médico legal definitiva de sesenta (60) días, y dictaminó, como secuelas: “deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente [y] perturbación funcional del sistema renal de carácter permanente (nefrología izquierda)” (fls. 72 y vto., ib.). En octubre de esa anualidad, el señor Santiago Peña presentó ante la Fiscalía General de la Nación una denuncia contra el señor Osman Javier Parra Cordero por el delito de lesiones personales (fls. 87 a 94, ib.). El 7 de noviembre de 2017, el señor Peña le reclamó a Seguros Suramericana el pago de los perjuicios causados por el accidente de tránsito, obteniendo como respuesta, el día 15 siguiente, que se “ratifica en los términos la propuesta económica informada ya y conocida por su cliente” (fls. 95 a 116, ib.). Y el 7 de diciembre de 2018, la junta regional de calificación de invalidez determinó que, como consecuencia del accidente de tránsito, el señor Peña tenía un 17.85% de pérdida de capacidad laboral (fls. 125 a 127, ib.).



Luego es claro que el señor Santiago Peña sufrió un perjuicio –pérdida de un riñón- como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el 19 de agosto de 2016, en el que participó el vehículo de placas WNL-876, conducido por el señor Osman Javier Parra Cordero (fl. 6, cdno. 1 de copias), de propiedad de Leasing Bancolombia S.A. (fl. 187, ib.), causado, al parecer, porque ese automotor no respetó las señales de tránsito, según el informe policial visible a folios 6 y 7 del cuaderno 1. Se percibe, pues, un denso humo de buen derecho.

Pese a ello, el juez consideró que era bastante con la inscripción de la demanda decretada sobre el mencionado bien –como lo autoriza el literal b) del numeral 1º del artículo 590 del CGP-, sin que hubiere parado mientes en que (a) el furgón le pertenece a una sociedad de leasing (fl. 187, cdno. 1 de copias), ciertamente demandada, (b) la legitimación de Leasing Bancolombia S.A. podría cuestionarse –eventualmente- si se comprueba que no era la guardiana de la cosa –lo que daría al traste con la cautela-, y (c) ninguna medida –ni siquiera típica- fue adoptada sobre el patrimonio de los restantes demandados.

7. Por tanto, se impone revocar el auto apelado para que el juez, previo otorgamiento de caución –cuyo monto deberá fijar-, decrete una medida cautelar con fundamento en el literal c) del numeral 1º del artículo 590 del CGP, dentro de las cuales puede considerar, según su prudente juicio y con especial miramiento en los requisitos establecidos en esa norma (necesidad, proporcionalidad, etc.), tanto las típicas como las atípicas. No lo hace el Tribunal porque, de una parte, la caución es necesaria como requisito previo, y de la otra, debe permitírsele al juez que ejerza su poder de modularla, como se explicó en párrafos anteriores.

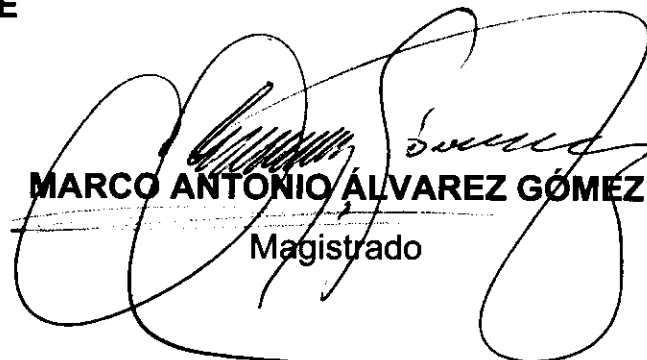


DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, **REVOCA** el auto proferido el 3 de abril de 2019 por el Juzgado 37 Civil del Circuito de la ciudad, dentro del proceso de la referencia, y, en su lugar, ordena que el juez proceda de conformidad con lo señalado en el numeral 7° de las consideraciones de este auto.

Sin condena en costas, por la prosperidad del recurso.

NOTIFÍQUESE

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and flourishes, is written over the printed name and title of the magistrate.

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado