

Señor Juez:

A su despacho el proceso Verbal (Responsabilidad Civil Contractual) No. 2022-00237, con el memorial que antecede.- Sírvase resolver.-

Barranquilla, Noviembre 10 de 2022

HELLEN MARIA MEZA ZABALA
LA SECRETARIA

JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO. Barranquilla Noviembre Diez (10) del año dos mil veintidós (2022).

Visto y verificado el anterior informe secretarial observa el despacho que el apoderado de la parte demandante Dr. WILFRIDO JOSE LOPEZ POLO, presenta recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto de octubre 25 de 2022, por medio del cual, se rechazó la demanda, previa inadmisión; básicamente resumido con los siguientes

FUNDAMENTOS:

Que el requerimiento así elevado no es procedente para la continuación del proceso, ni mucho menos le son aplicables las prerrogativas del art. 317 CGP en atención a las siguientes consideraciones:

1.- El primer error de la providencia recurrida estriba en que, el juez sin haber avocado el conocimiento del proceso, falta de admisión, procede a negar la medida cautelar, siendo apelable el auto que la niegue y sin considerar las razones por las cuales no son suficiente el motivo de razonabilidad, necesidad, peligro en la mora y apariencia de buen derecho expuesta en la solicitud de la medida.

2.- Si el juez considera que dicha medida cautelar es improcedente, el demandante quedaría habilitado para solicitar otra medida cautelar, si hubiese admitido la demanda. Con esta precisión, se deja en evidencia que se violó el derecho de acceso a la administración de justicia.

Además, que el parágrafo del artículo 590 del C.G.P. Contempla como causa de exoneración de los requisitos de procedibilidad: conciliación y envío previo de la demanda (ley 2213 de 2022) la solicitud de medida cautelares, como en efecto se hizo.

3.- Pero no se diga que el demandante quiso esquivar el requisito de procedibilidad, porque en la solicitud de medida se explicaron las razones por las cuales se pidió el embargo de remanente como medida INNOMINADA en este proceso declarativo. Se advierte, desde ahora que esa misma medida cautelar en el proceso ejecutivo tiene el carácter de nominada para ese proceso.

Siendo del caso resolver se permite el juzgado las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El recurso de reposición se encuentra contemplado en el art. 318 del C.G.P. y es aquel que se interpone contra el mismo juez o magistrado que dictó el auto con el objeto de que se revoquen, modifiquen o reformen. Este recurso busca que el mismo funcionario que profirió la decisión sea el que vuelva sobre ella, si es del caso considerarla, en forma total o parcial, lo haga, es necesario para su viabilidad que se motive el recurso, esto es, que por escrito se le

expongan al juez las razones por las cuales la providencia está errada, a fin de que proceda a revocarla o modificarla, por cuanto es evidente que si el juez no tiene esa base del escrito, le será difícil por no decir imposible, resolverlo.

En este asunto en particular el apoderado judicial de la parte demandante mediante recurso de reposición y en subsidio apelación, solicita se revoque la decisión de rechazar de la demanda, pero no con fundamento en las consideraciones de dicho auto, esto es, que el demandante no subsanó la demanda dentro del término señalado por el art. 90 CGP, sino que su reclamación se basa en el auto que inadmitió la demanda, al estimar que el despacho cometió un yerro al no admitir la demanda y negar la medida cautelar solicitada, que de haber admitido la demanda, se hubiese podido solicitar otra medida cautelar con lo cual considera se le violó el derecho de acceso a la justicia, de igual manera refiere que el art. 590 CGP en su parágrafo, contempla la exoneración de la conciliación como requisito de procedibilidad, cuando se solicitan medidas cautelares como en efecto se hizo.

El despacho se ratificará en que en el presente caso, la medida cautelar solicitada no era viable, pues las medidas cautelares consistentes en embargo y secuestro de bienes del demandado dentro de un proceso declarativo, proceden en juicios de responsabilidad civil contractual o extracontractual, siempre que el demandante obtenga sentencia favorable, así hubiere sido apelada, ya que así lo manda el inciso 2º del literal b) del artículo 590 del Código General del Proceso, en el que se establece que “Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de éste 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”.

El recurrente acude al literal c) del art. 590 CGP, que trata sobre las medidas cautelares innominadas, haciendo querer ver la solicitud de embargo y secuestro que nos ocupa, como innominada por las razones de necesidad, peligro en la mora y apariencia de buen derecho expuesta en la solicitud de la medida, lo cual no es el caso, porque como lo ha expresado la Corte:

“En el proceso declarativo, es susceptible en principio, el decreto de medidas cautelares innominadas, la cuestión es que, tales medidas, de su propia denominación se deduce que, son aquellas que no aparecen identificadas en la Ley procesal, es decir, que se apartan de las medidas nominadas que la legislación establece para cada asunto en particular, como por ejemplo el embargo y secuestro en los procesos ejecutivos, la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles no sujetos a registro en los declarativos, la suspensión provisional en los procesos de impugnación de actos de asamblea, el embargo y secuestro en los procesos de sucesión para traer algunos ejemplos” .

Así las cosas, la medida cautelar solicitada por el recurrente, no encuadra dentro de las que la doctrina ha llamado innominadas, toda vez que la misma se contrae a un embargo y secuestro, siendo esta su denominación, por ende, se trata de una medida nominada o típica, en cuyo sentido no le asiste razón al peticionario en insistir en obviar dicha circunstancia, con el propósito de que se adecúe a aquellas de las que trata el mencionado literal c) de la norma en cita. Por lo que el despacho mantendrá en firme la decisión impugnada.

Siendo preciso señalar que el operador judicial debe analizar lo concerniente a la viabilidad de la medida solicitada con anterioridad a su admisión para establecer si era necesario agotar el requisito de procedibilidad; es así como en sentencia de tutela STC3028-2020, la Corte Suprema, señaló:

“...Señaló enseguida que las medidas cautelares “pueden ser nominadas, innominadas o atípicas», señalando respecto de éstas últimas que “no son taxativas y el juez las puede decretar de manera discrecional [cuando las] estime razonables (...), con el fin de evitar la causación de un perjuicio y asegurar la materialización de las pretensiones de la demanda”, pues con ellas se persigue “impedir el daño que pueda generarse con la posible dilación en la resolución de la demanda [y] también asegurar la eficacia de la providencia que llegue a proferirse. En ese orden, se erigen como herramientas para garantizar el cumplimiento de la sentencia favorable al demandante, otorgándosele al operador judicial amplias facultades para decretarlas, en aras de lograr la efectividad del derecho sustancial”.

Bajo tal perspectiva, indicó que “en los procesos declarativos caben ambas clases de cautela, pero advirtiendo que dentro de las nominadas sólo tiene lugar la de la inscripción de la demanda, por mandato expreso del (...) artículo 590 de la ley adjetiva, no siendo viable por ende decretar el embargo y secuestro solicitado, pues si bien es cierto el artículo 593 ibídem hace alusión al embargo, como lo señala el recurrente, no menos cierto es que en su primer inciso se lee claramente, “Para efectuar embargos se procederá así:”, lo que significa que dicho precepto “lo que se dan son los parámetros para efectuar tal medida cautelar conforme al bien que se trate en los procesos señalados taxativamente por las normas correspondientes, el cual por ende no guarda relación alguna con el artículo 590”.

En relación directa con las medidas innominadas, dijo que para su decreto, “el juez debe hacer uso de sus poderes de instrucción u ordenación” y que si bien cuenta con “un amplio margen de discrecionalidad” para disponer de ellas, la medida a adoptar “deberá ser razonable (...) y de acuerdo a cada caso en particular”, atendiendo “los lineamientos señalado en los incisos 2 y 3 del literal c, esto es, establecer “la legitimación o interés para actuar de las partes, la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho, la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida específica”.

Según lo esbozado, aseguró que la medida solicitada en el caso bajo estudio, “no puede considerarse (...) una medida cautelar, puesto que al ordenarse “la entrega inmediata de la obra en el estado que se encuentre”, no se estaría garantizando el cumplimiento de la sentencia sino anticipándose a la prosperidad de las pretensiones, sin que la contraparte hubiere tenido la oportunidad de defender su derecho. Medida poco razonable y por demás desproporcionada si tenemos en cuenta que el cumplimiento o no del contrato y el pago de los perjuicios solicitado, es algo que debe debatirse dentro del proceso y no tenerse por cierto como si se tratara de un proceso ejecutivo en el que la pretensión no es disputada, por tratarse de un derecho cierto y consolidado. Ahora, diferente fuera que se pusiera lo pedido en manos de un auxiliar de la justicia para garantizar, en caso de prosperidad de las pretensiones, la efectividad de la sentencia, pero ello equivaldría a una medida de embargo, cautela, que como quedó visto, no procede en los procesos declarativos”.

En las condiciones descritas, concluyó que siendo inviables las medidas cautelares solicitadas, correspondía a la demandante acreditar el agotamiento de “la conciliación extrajudicial, requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 621 de la ley 1564 del 2012 modificatorio del artículo 38 de la Ley 640 de 2001, conforme fuera ordenado en el auto fechado 13 de marzo de 2019 mediante el cual se inadmitió la demanda, mandato que al no haber sido cumplido dentro del término legal, daba lugar, como en efecto se hizo, a que a través de la providencia calendada 20 del mismo mes y año se rechazara”, sin que, por tanto, se hiciera necesario el análisis de las demás causales de inadmisión.

Conforme a lo que acaba de verse, no se advierte una amenaza o vulneración a la garantía esencial que la querellante invoca a través de este instrumento excepcional, en tanto que la providencia cuestionada no revela arbitrariedad o desmesura, sino una divergencia conceptual cuya razonabilidad torna inviable la salvaguarda.

Esto, porque tras un adecuado análisis de las medidas cautelares nominadas e innominadas, la autoridad judicial acusada concluyó que eran improcedentes, y por lo mismo no podía obviarse el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial previsto en el artículo 38 de la Ley 640 de 2001, modificada por el canon 621 del Código General del Proceso, razón por la cual, la decisión cuestionada es razonable.

En este orden, la actuación censurada no constituye una vía de hecho susceptible de enmendarse por esta senda, pues al margen de que la Corte comparta o no la totalidad de los razonamientos esbozados, estos hacen parte de los principios de autonomía e independencia judicial e inhiben al fallador constitucional para inmiscuirse en el asunto imponiendo una determinada tesis que sustituya a la expresada por el de la causa, ya que este mecanismo:

“no puede entrar a descalificar la gestión del juzgador, ni a imponerle una determinada hermenéutica, máxime si la que ha hecho no resulta contraria a la razón, es decir si no está demostrado el defecto apuntado en la demanda, ya que con ello desconocerían normas de orden público (...) y entraría a la relación procesal a usurpar las funciones asignadas válidamente al último para definir el conflicto de intereses”(CSJ STC, 11 ene. 2005, rad. 1451, citada entre otras en STC16349-2018, y STC9792-2019, 24 jul. 2019, rad. 01322-00)...” (subrayas fuera de texto).

Por lo expuesto, el Juzgado

RESUELVE:

- 1.- No reponer el auto de Octubre 25 de 2022, mediante el cual se rechazó la demanda, por lo expuesto en parte motiva.
- 2.- Conceder en el efecto suspensivo el recurso subsidiario de apelación interpuesto contra el auto de Octubre 25 de 2022.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



CESAR AUGUSTO ALVEAR JIMENEZ
JUEZ

RAD. 2022-00237 Verbal
Olr.