El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA DECISIÓN JUDICIAL / REQUISITOS GENERALES Y ESPECÍFICOS DE PROCEDIBILIDAD / DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO / DEFINICIÓN / EMBARGO EN PROCESO HIPOTECARIO / LO IMPIDE INSCRIPCIÓN PENAL.**

Acude en esta oportunidad la accionante, en procura de la protección de su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por las autoridades acusadas, que se niegan a librar mandamiento de pago en una adjudicación o realización especial de garantía real que incoó…

Reiteradamente se ha expuesto que a pesar de la inexequibilidad de las normas que en el Decreto 2591 de 1991 preveían la acción de tutela contra providencias judiciales, tal mecanismo se abre paso en aquellos eventos en los que se incurra en una vía de hecho, o como se denominan hoy, criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones de los jueces, en que solo cabe un amparo de esta naturaleza en la medida en que concurra alguna de las causales generales o específicas…

Sigue entonces verificar… si las funcionarias acusadas al negar la iniciación de la adjudicación o realización especial de la garantía real, incurrieron en un defecto material o sustantivo que se erige “(…) cuando el juez basa su decisión en una norma que no es aplicable al caso por impertinente, no estar vigente, ser inexistente, haber sido declarada inexequible u otorgarle efectos distintos a los señalados en la ley…”

… el problema jurídico consiste en determinar si la restricción penal, tiene o no la virtud de impedir el inicio del pleito civil de marras; para ese efecto, es útil estudiar un caso de similares contornos que fue resuelto mediante sentencia STC3810-2020, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que se explicó lo ateniente con la concurrencia de medidas cautelares, civiles y penales, en la iniciación de una adjudicación o realización especial de la garantía real.

… se concluye que es inexistente la transgresión alegada, si bien, las decisiones cuestionadas están precedidas de una suficiente motivación, y una interpretación sistemática de las normas que regulan el trámite de la adjudicación o realización especial de la garantía real, en contraste con la cautela denominada, suspensión del poder dispositivo…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, mayo veintisiete de dos mil veintidós

Expediente: 66001221300020220011000

Acta. 223 del 27 de mayo de 2022

Sentencia. ST1-0089-2022

Decide la Sala la acción de tutela promovida por **María Fernanda Marín Galvis** contra el **Juzgado Primero Civil Municipal** y el **Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal.**

#### **1. ANTECEDENTES**

1.1. De la demanda se extrae que, mediante escritura pública otorgada el 1º de octubre de 2021, ante la Notaría Única del Círculo de Santa Rosa de Cabal, Dairon García Ciro, constituyó hipoteca abierta e ilimitada a favor de la aquí accionante, respecto del inmueble con matrícula inmobiliaria Nro. 296-65723 ubicado en ese municipio, ese gravamen quedó anotado en el folio de matrícula inmobiliaria del bien en la anotación Nro. 5 del 25 de octubre del mismo año.

Pasado un tiempo, comoquiera que el deudor incumplió con su obligación de pagar los intereses pactados, la accionante inició un juicio de adjudicación o realización especial de la garantía real, al que le correspondió el radicado **2021-00568-00.**

El asunto le correspondió al Juzgado Primero Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal que, mediante proveído del 4 de febrero de 2022, negó el mandamiento de pago solicitado, con fundamento en una *“medida de suspensión del poder dispositivo”* que aparece en la anotación Nro. 6 del certificado de tradición del inmueble realizada el 13 de diciembre de 2021, y que fue ordenada por el Juzgado Penal Municipal con funciones de conocimiento y garantías de ese municipio, que al ser cuestionado al respecto, informó que *“(…) la Fiscalía 30 Seccional del Circuito de Santa Rosa de Cabal. Solicitó la suspensión del poder dispositivo, dentro del proceso radicado al número 660016000036202155244, adelantado contra Dairo Stiven García Ciro por los delitos de estafa y fraude mediante cheque (…)”.*

Contra esa decisión se formuló un recurso de apelación que fue resuelto desfavorablemente el 7 de marzo de 2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, *“(…) arguyendo que la suspensión del poder dispositivo se asemeja a la medida de embargo (…)”.*

Contrario a esas decisiones, la parte actora considera que el mandamiento de pago debió librarse, y que el embargo solicitado con la demanda debió decretarse *“(…) independiente de la medida penal de disposición, en atención a que ésta debe ser eficaz frente a terceros que pretendan la disposición del dominio y con posterioridad a su inscripción en la Oficina de Registro, no para la acreedora hipotecaria a quien le es inoponible cualquier circunstancia, salvo la de pago. Quien es primero en el tiempo es primero en el derecho”.*

Pidió, entonces, ordenarle al Juzgado Primero Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal librar mandamiento de pago en ese caso y decretar las medidas cautelares solicitadas.[[1]](#footnote-1)

1.2. Con auto del 17 de mayo de 2022 se dio impulso a la acción de tutela.[[2]](#footnote-2)

1.3. El Juzgado Primero Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal adujo que *“(…) la decisión adoptada por auto del 4 de febrero de los corrientes, se ciñó al análisis del caso concreto de cara a la normatividad procesal, que se tradujo en un estudio acucioso de los requisitos de la demanda, a partir de la interpretación jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional respecto de la naturaleza, fines y propósitos de la limitación impuesta sobre el inmueble cuya adjudicación se pretende por la promotora, pues mal haría el despacho al desatender la interpretación sistemática de los preceptos civiles indiscutiblemente afectados por las decisiones adoptadas en el marco de la indagación y/o investigación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación y cuyo conocimiento correspondió, en sede de control de garantías al Juzgado Penal Municipal de esta circunscripción.”* En esos términos afirmó que el amparo no está llamado a prosperar.[[3]](#footnote-3)

1.4. El juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, explicó que *“Este Despacho mediante providencia de fecha 07 de marzo de 2022, confirmó el auto apelado, al considerar que la decisión adoptada por el Juzgado Primero Civil Municipal fue acertada ya que por tratarse de un ejecutivo para la “adjudicación o realización especial de la garantía real” debe darse aplicación al artículo 467 numeral 6 del CGP que prohíbe acudir a este tipo de trámite cuando el bien se encuentre embargado y para este caso la medida cautelar de SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO ordenada por la FISCALIA 30 SECCIONAL DE SANTA ROSA DE CABAL, se asemeja en sus efectos al embargo, pues en ambas medidas el bien sale del comercio, ya que se prohíbe que éste cambie de titular, lo que imposibilita la adjudicación del inmueble al acreedor, que es el objetivo final de ese trámite especial.”.* En esos términos solicitó negar el amparo.[[4]](#footnote-4)

**2. CONSIDERACIONES**

2.1. La acción de tutela se constituye en un medio ágil y expedito para que toda persona pueda reclamar ante los jueces, en cualquier momento y lugar, la protección de sus derechos fundamentales, si ellos son vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública y, en determinados casos, por particulares.

Acude en esta oportunidad la accionante, en procura de la protección de su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por las autoridades acusadas, que se niegan a librar mandamiento de pago en una adjudicación o realización especial de garantía real que incoó, según asegura, con fundamento en una equivocada interpretación de las normas que regulan ese trámite.

2.2. Reiteradamente se ha expuesto que a pesar de la inexequibilidad de las normas que en el Decreto 2591 de 1991 preveían la acción de tutela contra providencias judiciales[[5]](#footnote-5), tal mecanismo se abre paso en aquellos eventos en los que se incurra en una vía de hecho, o como se denominan hoy, criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones de los jueces, en que solo cabe un amparo de esta naturaleza en la medida en que concurra alguna de las causales generales o específicas, delineadas por la Corte Constitucional en múltiples ocasiones.

Sobre ellas, recientemente, en las sentencias SU-222 de 2016, SU573 de 2017 y SU004 de 2018, reiteradas en las sentencias T-004-19, T-042-19, T-049-19 y T-075-19, T-008-20, T-053-20, todas aludiendo a la C-590 de 2005, recordó que las primeras obedecen a (i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) que, en caso de tratarse de una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión que presuntamente amenaza o desconoce derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que la haya alegada en el proceso judicial respectivo, si ello era posible; (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela. Y en cuanto a las segundas, es decir, las causales específicas, se compendian en los defectos (i) orgánico, (ii) sustantivo, (iii) procedimental o fáctico; (iv) error inducido; (v) decisión sin motivación; (vi) desconocimiento del precedente constitucional; y (vii) violación directa a la constitución.

2.3. Sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela se tiene lo siguiente:

La legitimación por activa se cumple, dado que la accionante es demandante en el proceso que se cuestiona, y también lo es por pasiva, pues los juzgados accionados conocen de ese asunto.

Se supera la inmediatez porque el recurso de apelación que se formuló contra el auto mediante el cual se negó el mandamiento de pago, data del 7 de marzo de 2022, y esta acción de tutela se radicó, de manera perentoria, el 16 de mayo de 2022.

Y la subsidiaridad esta satisfecha comoquiera que se agotó el recurso pertinente, el de apelación, frente a la decisión confutada.

Sigue entonces verificar, según se desprende de la crítica, si las funcionarias acusadas al negar la iniciación de la adjudicación o realización especial de la garantía real, incurrieron en un defecto material o sustantivo que se erige *“(…) cuando el juez basa su decisión en una norma que no es aplicable al caso por impertinente, no estar vigente, ser inexistente, haber sido declarada inexequible u otorgarle efectos distintos a los señalados en la ley. Además, para que se configure este yerro, dichas circunstancias deben tornar irrazonable la interpretación judicial, no sistemática o incluso, contraria a la ley”.[[6]](#footnote-6)*

En esa senda el problema jurídico consiste en determinar si la restricción penal, tiene o no la virtud de impedir el inicio del pleito civil de marras; para ese efecto, es útil estudiar un caso de similares contornos que fue resuelto mediante sentencia STC3810-2020, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que se explicó lo ateniente con la concurrencia de medidas cautelares, civiles y penales, en la iniciación de una adjudicación o realización especial de la garantía real.

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

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

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

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

Por mandato del numeral 6º del canon 467 íd., es inadmisible reclamar la «*adjudicación directa del bien hipotecado o dado en prenda*» cuando no se conozca el domicilio o paradero del propietario, el bien se halle embargado o existan acreedores con garantía real de mejor derecho, pues en los dos últimos eventos es claro que, de un lado, el «*embargo*» restringe la negociabilidad de la propiedad y por tal motivo es inviable la adjudicación pretendida y, de otro, si del historial jurídico del bien surge que existe otro crédito con mayor privilegio es inaceptable transferirlo directamente al demandante en detrimento de dicha preferencia.

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

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

2.4. En el caso concreto, la esencia de las decisiones de los despachos encausados fue la siguiente:

El Juzgado Primero Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal explicó en auto del 4 de febrero de 2022[[7]](#footnote-7):

Se estima que la naturaleza de medida cautelar de la suspensión del poder dispositivo excluye la posibilidad de embargar por cuenta de un proceso civil el mismo bien, sin que se encuentre procedente librar orden de apremio que, tratándose de asuntos como el aquí ventilado, pretende la adjudicación del inmueble, amenazando ostensiblemente el propósito de la actuación realizada en sede de control de garantías, esto es, impedir que el bien siga siendo objeto de actos y negocios jurídicos, cuanto menos provisionalmente.

Y a su turno, el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en auto del 7 de marzo de 2022, señaló[[8]](#footnote-8):

De los numerales 1 y 6 del artículo antes citado [se refiere al artículo 467 del CGP] se desprenden como requisitos los siguientes:

(…)

- El bien no se debe encontrar embargado.

(…)

Del tenor literal de dicha norma, claro fluye como exigencia que el bien no se encuentre embargado; tal como lo dedujo la juez de primera instancia, no era posible librar el mandamiento de pago solicitado ya que el bien inmueble objeto de hipoteca soporta una medida cautelar de SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO ordenada por la FISCALIA 30 SECCIONAL DE SANTA ROSA DE CABAL, medida originada en una investigación por el delito de compraventa o predio mediante fraude, como claramente se lee en la anotación 6 del certificado de tradición del predio con matrícula inmobiliaria número 296-65723 aportado a la demanda.

(…)

**En incuestionable entonces que la medida de suspensión del poder dispositivo impide el cambio en la titularidad del bien; por ello, en sentir de este despacho, no tiene sentido adelantar el trámite especial para la realización de la garantía real cuando no están dadas las condiciones para que el dominio del bien pase al acreedor, ya sea porque el bien esté embargado o por otra medida cautelar que impida esta transferencia del dominio**; argumenta el recurrente que debe darse curso al proceso, pues la limitación que tiene el bien sería relevante solo en etapa posterior cuando se vaya a definir sobre la posible adjudicación; **no obstante, no es atinado su razonamiento porque el numeral 6 del artículo 467 del CGP es claro en establecer como condición para acudir a ese trámite que el bien esté libre de embargos, entonces ese detalle no viene a ser relevante solo para la adjudicación, como lo pretende el recurrente, sino que es presupuesto para el inicio de la ejecución y por ende atinó la Juez en negar el mandamiento de pago.** (Destaca la Sala)

De lo transcrito se concluye que es inexistente la transgresión alegada, si bien, las decisiones cuestionadas están precedidas de una suficiente motivación, y una interpretación sistemática de las normas que regulan el trámite de la adjudicación o realización especial de la garantía real, en contraste con la cautela denominada, suspensión del poder dispositivo, todo lo cual, como pudo leerse en líneas anteriores, tienen sustento jurisprudencial.

Es que es importante hacer énfasis en que la teleología del trámite regulado en el artículo 467 del CGP, es la transferencia de dominio del bien perseguido, del deudor al acreedor, y en esos términos, refulge la inconveniencia de iniciar tal juicio, cuando sobre el bien recae una cautela penal que impide que la propiedad pase a manos de terceros; basta leer lo que, en la misma sentencia de la Corte, se explica sobre el propósito de tal cautela:

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

(…)

Esta normativa armoniza con el canon 101 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de que la suspensión del poder dispositivo allá prevista cobija a cualquier «*bien sujeto a registro*», es decir, muebles e inmuebles, y en ambos casos el Estado pretende impedir que el investigado siga realizando enajenaciones de la propiedad involucrada para, al final si es necesario, retornar la situación al punto original, esto es, al *statu quo*, **lo que se dificultaría si en ese instante los bienes están en manos de terceros.** (Destaca la Sala)

En suma, lo que se plantea en la acción de tutela no es más que un disenso de la parte actora, frente a las resoluciones impartidas por las funcionarias acusadas, las cuales, como se vio, se encuentran dentro de un margen de interpretación razonable, por lo cual, no pueden ser descalificadas, pues si así se hiciera, se usurparía la función misma del juicio ordinario y *“La sola divergencia conceptual no puede ser venero para demandar este amparo porque la tutela no es instrumento para definir cuál planteamiento hermenéutico en las hipótesis de subsunción legal es el válido, ni cuál de las inferencias valorativas de los elementos fácticos es la más acertada o la más correcta para dar lugar a la intervención del juez constitucional.”* [[9]](#footnote-9)

Sobran adicionales consideraciones, entonces, para negar la protección invocada.

**3. DECISIÓN**

En armonía con lo dicho, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NIEGA** la protección invocada.

Notifíquese la decisión a las partes en la forma prevista en el artículo 5º del Decreto 306 de 1992, y si no es impugnada remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión. A su regreso, archívese el expediente.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. Documento 02. [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento 10. [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 13. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 19. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia C-543-92 [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-031/18 [↑](#footnote-ref-6)
7. Documento 05., C. 1ª Instancia, Expediente Adjudicación (Link Documento 18 de la tutela) [↑](#footnote-ref-7)
8. Documento 03., C. 2ª Instancia, Expediente Adjudicación (Link Documento 18 de la tutela) [↑](#footnote-ref-8)
9. STC13599-2018 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. [↑](#footnote-ref-9)