

D-10877.  
OKHonorable  
CORTE CONSTITUCIONAL  
E. S. D.

**Referencia:** Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 35 de la ley 820 de 2003 y del artículo 384 numeral séptimo del Código General del Proceso.

**Asunto:** Demanda de inconstitucionalidad.

Nosotros, Protegido por Habeas Data, mujer, mayor de edad, identificada con cédula Protegido por Habeas Data de la ciudad Bogotá, tarjeta profesional número Protegido por Habeas Data; y Protegido por Habeas Data, hombre, mayor de edad, identificado con cédula Protegido por Habeas Data de la ciudad de Bogotá, tarjeta profesional Protegido por Habeas Data del Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución Nacional, DEMANDAMOS las expresiones **“en todos los procesos de restitución de tenencia por arrendamiento”** del artículo 35 de la ley 820 de 2003; y, además, **“en todos los procesos de restitución de tenencia por arrendamiento”** del artículo 384, numeral 7° del Código General del Proceso, con miras a que se declare su CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA, excluyéndose del ordenamiento la interpretación inconstitucional que de ellas se deriva, a saber, la posibilidad que encierran tales artículos de decretar embargos y secuestro desde la presentación de la demanda de restitución o durante el curso del proceso, inclusive en el supuesto de que **EXISTAN SERIAS DUDAS SOBRE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO.**

## I. NORMAS DEMANDADAS

La presente demanda se dirige contra las expresiones “en todos los procesos” de los artículos 35 de la ley 820 de 2003 y 384 numeral 7° del CGP, conforme a la posible interpretación inconstitucional que de ellos se derivan, a saber, la posibilidad que encierran tales artículos de decretar embargos y secuestro desde la presentación de la demanda de restitución inclusive en el supuesto de que existan serias dudas sobre la existencia del contrato. Sin embargo, antes de delimitar qué tipo de interpretación inconstitucional se deriva de tales normas, lo pertinente es expresar qué apartes específicos de las normas mencionados son los que se demandan.

Así, a continuación se incluirá el contenido de ambas normas, poniéndose en subrayas y negrillas los apartes que se demandan. Veamos.

En primer lugar, señala el artículo 35 de la ley 820 de 2003:

*Medidas cautelares en procesos de restitución de tenencia. **En todos los procesos de restitución de tenencia por arrendamiento, cualquiera que fuere la causal***

<sup>1</sup> En la totalidad de este escrito se utiliza la expresión “existencia” en un sentido amplísimo y envuelve todos aquellos eventos donde se discute el “valor jurídico” del contrato de arrendamiento, es decir, su poder vinculante, ora que, en la técnica jurídica, esta duda se llame “invalidez”, “nulidad”, “inoponibilidad”, “terminación” “ineficacia” o cualquier otro término que, se repite, esté encaminado a negar el carácter jurídicamente vinculante del contrato de arrendamiento base del proceso de restitución.

invocada, el demandante podrá pedir, desde la presentación de la demanda o en cualquier estado del proceso, la práctica de embargos y secuestros sobre bienes del demandado, con el fin de asegurar el pago de los cánones de arrendamiento adeudados o que se llegaren a adeudar, de cualquier otra prestación económica derivada del contrato, del reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar y de las costas procesales.

Los embargos y secuestros podrán decretarse y practicarse como previos a la notificación del auto admisorio de la demanda a la parte demandada.

En todos los casos, el demandante deberá prestar caución en la cuantía y en la oportunidad que el juez le señale, para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas.

La parte demandada, podrá impedir la práctica de medidas cautelares o la cancelación y levantamiento de las practicadas, mediante la prestación de caución en la forma y en la cuantía que el juez le señale, para garantizar el cumplimiento de la sentencia.

Las medidas cautelares practicadas se levantarán si se absuelve al demandado, o si el demandante no formula demanda ejecutiva en el mismo expediente dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, para obtener el pago de los cánones adeudados, las costas, perjuicios o cualquier otra suma derivada del contrato o de la sentencia. Si en esta se condena en costas, el término se contará desde la ejecutoria del auto que las apruebe; y si hubiere sido apelada, desde la notificación del auto que ordene obedecer lo dispuesto por el superior.

Por su parte el artículo 384 del CGP en su numeral 7º señala:

*Restitución de inmueble arrendado. Cuando el arrendador demande para que el arrendatario le restituya el inmueble arrendado se aplicarán las siguientes reglas:*

**7. Embargos y secuestros. En todos los procesos de restitución de tenencia por arrendamiento, el demandante podrá pedir, desde la presentación de la demanda o en cualquier estado del proceso, la práctica de embargos y secuestros sobre bienes del demandado, con el fin de asegurar el pago de los cánones de arrendamiento adeudados o que se llegaren a adeudar, de cualquier otra prestación económica derivada del contrato, del reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar y de las costas procesales.**

*Los embargos y secuestros podrán decretarse y practicarse como previos a la notificación del auto admisorio de la demanda a la parte demandada. En todos los casos, el demandante deberá prestar caución en la cuantía y en la oportunidad que el juez señale para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas. La parte demandada podrá impedir la práctica de medidas cautelares o solicitar la cancelación de las practicadas mediante la prestación de caución en la forma y en la cuantía que el juez le señale, para garantizar el cumplimiento de la sentencia.*

*Las medidas cautelares se levantarán si el demandante no promueve la ejecución en el mismo expediente dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, para obtener el pago de los cánones adeudados, las costas, perjuicios, o cualquier otra suma derivada del contrato o de la sentencia. Si en esta se condena en costas el término se contará desde la ejecutoria del auto que las apruebe; y si hubiere sido apelada, desde la notificación del auto que ordene obedecer lo dispuesto por el superior.*

Así pues, como se desprende de los textos citados, los apartes demandados (puestos en subrayas y negrilla) se refieren a la posibilidad de solicitar, practicar y decretar las cautelas de embargo y secuestro al interior de **CUALQUIER** proceso de restitución de tenencia de inmueble arrendado desde la presentación misma de la demanda o en cualquier estado del proceso.



## II. INTERPRETACIÓN INCONSTITUCIONAL QUE SE DESPRENDE DE LAS NORMAS DEMANDADAS

Transcritos e identificados los apartes que se demandan, es del caso señalar la interpretación específica inconstitucional que se deriva de ellos. Así pues, en todo lo dicho a partir de aquí, los cargos de inconstitucionalidad deben ser entendidos respecto a la interpretación específica que se señala a continuación.

**Esta interpretación inconstitucional demandada (IID)<sup>2</sup> radica en que los apartes atacados, en su redacción general y abstracta, incluyen un supuesto de hecho en los cuales las medidas cautelares de embargo y secuestro resultan inconstitucionales, a saber, el supuesto de hecho en el cual dentro del proceso judicial se dan serias dudas sobre la existencia<sup>3</sup> o vigencia actual del contrato de arrendamiento y que sean razonablemente alegadas por el demandando o constatadas por el Juez.**

Así pues, como lo muestra la línea jurisprudencial que se esbozará adelante, es un hecho claro que en la práctica del litigio diario y cotidiano, se dan casos en que se da inicio a procesos restitutorios en los que el demandante puede hacer de todas aquellas prerrogativas procesales (entre ellas solicitar medidas cautelares de embargo y secuestro), aun cuando existen serias dudas sobre la existencia o vigencia del contrato de arrendamiento y que sean razonablemente alegadas por el demandando o constatadas por el Juez.

La IID sería que, a pesar de haber en el expediente serias dudas sobre la existencia del contrato y que sean razonablemente alegadas por el demandando o constatadas por el Juez, se pudiese con todo y ello decretar las cautelas de que hablan los apartes demandados de los artículos 35 de la ley 820 de 2010 y 384, numeral 7, del CGP. La contrapartida de esta IID será, pues, la declaratoria condicional de constitucionalidad de tales preceptos, en el sentido que, tales cautelas no proceden en todos los procesos de restitución de tenencia de arrendamiento sino sólo en aquellos procesos que estén desprovistos de dudas sobre la existencia del contrato, dicho en otras palabras, en aquellos procesos donde no se discutan la existencia del contrato (ora por alegarlo así el demandado razonablemente ora porque lo contante el Juez) de manera similar a como lo ha establecido la Corte Constitucional al introducir una subregla de aplicación respecto de la prohibición de escuchar al demandado en juicio restitutorio cuando la causal es falta de pago en el canon de arrendamiento (subregla sobre la cual se hablará más adelante).

Esbozada en qué consiste la IID que se desprende de los preceptos demandados, queda hacer dos aclaraciones: primera, que a continuación se hablará de una línea jurisprudencial desarrollada por la Corte en un caso similar al de la IID y que arrojará una mayor luz sobre el contenido y los móviles de la presente demanda de inconstitucionalidad; segundo, que es muy posible que se presente una duda por parte de la Corte sobre el cumplimiento de uno de los requisitos de aptitud de esta demanda de inconstitucionalidad, a saber, el relacionado con el carácter de cierto de la acusación, razón por la cual se hace pertinente la refutación a priori de tal problema jurídico, ya que con los antecedentes de revisión de tutela en procesos de

<sup>2</sup> En adelante, por economía lingüística, con las siglas IID se hace referencia a la interpretación que se ataca por inconstitucional y que se busca sea excluida del ordenamiento jurídico por la Respetada Corte Constitucional.

<sup>3</sup> Recuérdese lo dicho en la nota 1 de la presente demanda.



restitución de inmueble arrendado es más que cierto y probado para esta Corte que la IID es una práctica común y reiterada dentro de los Despachos Judiciales del país que afecta a los usuarios de la justicia y no una mera hipótesis de improbable realidad o absurda ocurrencia.

En efecto, ha dicho la Corte que *"las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente "y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita" e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; "esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden".<sup>4</sup>*

Ahora bien, sin perjuicio de lo que se señalará en extenso en el acápite VI sobre la aptitud de la demanda, desde ya se afirma que la IID se desprende de una lectura taxativa y simple de las expresiones demandadas, cosa que está en consonancia con su aplicación generalizada y cotidiana por parte de los procesos judiciales.

### **III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL QUE SIRVE DE APLICACIÓN ANALÓGICA PARA DECRETAR LA CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA DE LAS EXPRESIONES DEMANDADAS.**

Las disposiciones actuales sobre restitución de inmueble arrendado traen una serie de prerrogativas a favor del demandante que exige la restitución y que buscan hacer más célere y efectivo el cumplimiento de su pretensión. Sin embargo, la propia Corte Constitucional ha reconocido que estas prerrogativas tienen que ceder y no proceden cuando hay una duda seria sobre la existencia del contrato de arrendamiento (supuesto de hecho que no es una mera hipótesis imaginaria sino una realidad procesal, tal y como lo demuestran los pronunciamientos en sede de tutela que a continuación se presentan).

Así, frente a la prerrogativa procesal consistente en no escuchar al demandado cuando la causal de restitución invocada es falta en el pago de cánones, hasta tanto no se ponga al día en los cánones y valores adeudados,<sup>5</sup> la Corte Constitucional ha establecido que tal prerrogativa no procede cuando existe una duda acerca de la existencia o del valor jurídico vinculante del contrato razonablemente alegada por

<sup>4</sup> Sentencia C-1052 de 2001, ratificada en la C-879 de 2014.

<sup>5</sup> Al respecto, se recuerda que tal disposición se haya contenida en el artículo 424 del CPC, numerales dos y tres del párrafo segundo: *"Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, en favor de aquel".* Por otra parte, también aparece en el inciso segundo del numeral cuarto del artículo 384 del CGP: *"Si la demanda se fundamenta en falta de pago de la renta o de servicios públicos, cuotas de administración u otros conceptos a que esté obligado el demandado en virtud del contrato, este no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones y los demás conceptos adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador, correspondientes a los tres (3) últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, a favor de aquel".*



el demandando o constatada por el Juez. Y este precedente es del todo relevantes pues, como se verá a continuación, la argumentación central de este escrito busca que se trasladen estas consideraciones de la Corte al caso de las medidas cautelares en el proceso restitutorio en mismo supuesto de hecho, es decir, que la Corte señale en sede de constitucionalidad, que tales embargos y secuestros proceden siempre y cuando haya certeza sobre la existencia del contrato y no cuando hay serias dudas sobre este.

No será vano, entonces, ver cómo ha decantado la Corte Constitucional durante más de una década su jurisprudencia respecto a la importancia de que haya una certeza sobre la existencia del contrato de arrendamiento para que se apliquen las prerrogativas especialísimas del proceso de restitución de inmueble arrendado, entre ellas, la disposición de no escuchar al demandado en juicio si la causal de restitución es falta de pago en el canon. Tal sub-regla jurisprudencial, en palabras de la propia Corte, dice: "A pesar de la carga probatoria que tiene el demandado de acreditar en la contestación de la demandada, el pago de los cánones adeudados del contrato de arrendamiento o continuar cancelando la renta en el transcurso del proceso de restitución de inmueble arrendado, la jurisprudencia constitucional ha precisado, que estas no son exigibles cuando existan serias dudas sobre la existencia del contrato de arrendamiento, las cuales debieron ser alegadas razonablemente por las partes o constatadas por el juez. Lo anterior motivado, en que no puede concederse las consecuencias jurídicas de una norma cuando no se cumplen los supuestos fácticos de la misma. Así las cosas, tal inaplicación de los numerales 2º y 3º del parágrafo 2º del artículo 424 del CPC es una subregla jurisprudencial que se concreta, por razones de justicia y equidad, en aquellos eventos en que existen graves dudas respecto de la existencia del contrato de arrendamiento celebrado entre el demandante y el demandado".<sup>6</sup>

Y, en providencia posterior reitera la Corte: "La razón que en este caso impone inaplicar la disposición estriba en que el material probatorio obrante tanto en el proceso de tutela, como en el civil de restitución, arroja una duda seria respecto de la existencia real de un contrato de arriendo entre el demandante y el demandado, es decir, está en entredicho la presencia del supuesto de hecho que regula la norma que se pretende aplicar".<sup>7</sup>

Por último, en uno de los más recientes fallos sobre el tema, confirma la Corte que no procede la disposición de no escuchar al demandado en el proceso de restitución, cuando existen serias dudas sobre la existencia del contrato:

*"Desde el año 2004, la jurisprudencia constitucional ha precisado una subregla que ha de ser empleada cuando se presentan serias dudas sobre la existencia del contrato de arrendamiento. Dicha subregla se concreta en que, "no puede exigirse al demandado, para poder ser oído dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado, la prueba del pago o la consignación de los cánones supuestamente*

<sup>6</sup> T-118 de 2012. Negrillas y subrayas por fuera del original.

<sup>7</sup> T-162 de 2005. Negrillas y subrayas por fuera del original. En relación con lo anterior, complementa la Corte: *"En efecto, la decisión judicial no consiste en la imposición irreflexiva de las consecuencias previstas en las normas, sin una evaluación particularizada de la situación de hecho sujeta a examen, para determinar que ella sea realmente la premisa de aplicación de la disposición. La actividad judicial debe estar presidida por la virtud de la prudencia, que exige al juez obrar con cautela, moderación y sensatez a la hora de aplicar la ley, más cuando, como en el caso de autos, la aplicación automática de las normas puede conducir a una restricción excesiva de derechos fundamentales, en este caso el derecho al debido proceso, concretamente en sus garantías de defensa y contradicción"*.



*aducidos. Lo anterior en razón de no existir certeza sobre la concurrencia de uno de los presupuestos fácticos de aplicación de la norma, para el caso, el contrato de arrendamiento". De esta forma, cuando el juez al revisar el material probatorio evidencia serias dudas respecto de la existencia real del contrato de arrendamiento celebrado entre el demandante y el demandado, o de la vigencia actual del mismo, debe auscultar que está en entredicho la presencia del supuesto de hecho que regula la norma que se pretende aplicar.*

*Así, la jurisprudencia constitucional de forma pacífica ha decantado que, a pesar de las cargas probatorias que los numerales 2º y 3º del párrafo 2º del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil imponen al demandado, las cuales se ajustan al texto constitucional, "éstas no son exigibles cuando existan serias dudas sobre la existencia del contrato de arrendamiento, las cuales debieron ser alegadas razonablemente por las partes o constatadas por el juez. Lo anterior motivado, en que no puede concederse las consecuencias jurídicas de una norma cuando no se cumplen los supuestos fácticos de la misma"<sup>8</sup>.*

Esta línea jurisprudencial en su construcción completa y escalonada se encuentra en las siguientes sentencias: T-838 de 2004, T-162 de 2005, T-494 de 2005, T-035 de 2006, T-326 de 2006, T-601 de 2006, T-150 de 2007, T-808 de 2009, T-067 de 2010, T-118 de 2012, T-107 de 2014; y, necesario es reconocerlo, es la que ha servido de "inspiración" a la presente demanda de inconstitucionalidad.

Tal "inspiración" se desarrolla en varios puntos: **primero, muestra que la IID no es una mera suposición sino que en verdad, una de las problemáticas jurídicas de los proceso de restitución, es que se apliquen aquellas disposiciones que más gravemente afectan al demandado a pesar de que hay dudas alegadas por el demandado o constatadas por el Juez sobre la existencia o la vigencia del contrato de arrendamiento**; segundo, que los argumentos esgrimidos por la Corte en la línea jurisprudencial atrás citada son válidos para casos similares y, por lo tanto, si la prohibición de escuchar al demandado en restitución contenida en el artículo 424 del CPC no se aplica cuando existen dudas sobre la existencia o vigencia del contrato, igualmente se debería aceptar que el decretar embargos y secuestros desde la presentación de la demanda o durante el curso del proceso **no sea procedente**, cuando se presentan dudas sobre la existencia o vigencia del contrato y que sean razonablemente alegadas por el demandando o constatadas por el Juez; tercero, porque tal línea jurisprudencial propicia que la comunidad jurídica haga un uso más flexible y extensivo de la jurisprudencia constitucional de manera que se puedan plantear en sede de control abstracto de constitucionalidad aspectos y problemáticas que de otra manera tendrían que ventilarse a través de acciones de tutela individuales.

#### **IV. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTERIOR RESPECTO DEL ARTÍCULO 35 DE LA LEY 820 DE 2003**

Antes de entrar a estudiar de fondo las razones por las cuales la IID debe ser excluida del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional a través de una sentencia de constitucionalidad condicional, conviene reseñar que una de las normas que ahora se acusan, a saber, el artículo 35 de la ley 820 de 2003, ya fue demandada en acción pública de inconstitucionalidad en una ocasión anterior. Esta demanda fue evacuada por la Corte en sentencia C-670 de 2004, en el sentido de

<sup>8</sup> Sentencia T-107 de 2014.

declarar constitucional la expresión “en todos los procesos de restitución de tenencia por arrendamiento, cualquiera que fuere la causal invocada” del artículo 35 de la ley 820 de 2003.

Así, palabras de la propia Corte, los cargos de inconstitucionalidad en tal demanda eran los siguientes:

*“El demandante considera que la expresión “en todos los procesos de tenencia por arrendamiento”, vulnera el principio de unidad de materia por cuanto, pese al título de la ley y a su objeto, referidos al arrendamiento de vivienda urbana, la norma demandada comprende toda clase de contrato de arrendamiento, incluidos por tanto los oficinas, locales e inmuebles rurales.*

*Por otra parte, estima que la expresión “cualquiera que fuere la causal invocada” resulta ser una disposición contraria a la Constitución por cuanto conlleva a un “abuso del derecho”, prohibido por el artículo 95 constitucional, por cuanto daría pie para iniciar ejecuciones “cuando no es exigible una obligación”, es decir, según el demandante “cuando no hay deudas”.*

**Sin embargo, la anterior sentencia de constitucionalidad no anula los intentos de la presente demanda, puesto que los cargos que se explican a continuación no guardan relación con aquellos argumentos que en su ocasión pedían la inconstitucionalidad de tal precepto.** En efecto, en tal ocasión, el principal argumento tenía que ver con la violación al principio de unidad de material, cargo que fue desechado por la Corte. El segundo argumento, tenía que ver con una violación a la prohibición de abuso del derecho, situación que también fue desechada por la Corte.

Así, la IID que motiva el presente escrito parte de un horizonte y de supuestos diferentes. Nada tiene que ver con la violación al principio de unidad de material o con el abuso del derecho sino con la aplicación de la norma a un problema distinto, a saber, aquel donde hay dudas serias sobre la existencia del contrato razonablemente alegadas por el demandando o constatadas por el Juez y las consecuencias negativas e inconstitucionales que la aplicación de tal norma a tal supuesto trae.

Adicional a lo anterior, en la presente demanda se busca que la Corte logre una protección constitucional completa y coherente de cara a los demandados en proceso de restitución de tenencia cuando existan serias dudas sobre la existencia o validez del contrato razonablemente alegadas por el demandando o constatadas por el Juez, hacienda extensiva a este supuesto sus consideraciones en torno a la posibilidad de escuchar al demandado en juicio, a pesar de que no acredite el pago de cánones de arrendamiento.

De esta manera, dado que los argumentos y móviles de la presente demanda son del todo distintos a los considerados por la Corte en la sentencia C-670 de 2004, se tiene que lo dicho en esta última tiene el carácter de “cosa juzgada relativa”, trayendo esto último la consecuencia de admitir “que, en el futuro, se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”. Por ello, se concluye, dado que los argumentos de esta demanda no fueron considerados en la C-670 de 2004 y presentan una novedad en los cargos formulados en la demanda anterior, la Corte Constitucional se encuentra habilitada para fallar el presente asunto.

<sup>9</sup> C-976 de 2002.



(Dicho sea de paso, es claro que los argumentos de esta demanda no podían ser considerados en la sentencia C-670 de 2004, pues la línea jurisprudencial que le sirve de inspiración se comenzó a construir precisamente a partir de ese año. Es decir, ya han pasado más de diez años de jurisprudencia constitucional sobre las normas particulares del proceso de restitución de tenencia y este acopio jurisprudencial permite un nuevo planteamiento de cargos de inconstitucionalidad con un base mucha más sólida, a saber, la propia posición de la Corte Constitucional amparando derechos fundamentales en sede de tutela.)

## V. ARGUMENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

### A. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO: ARTÍCULO 29 CONSTITUCIONAL.

La IID (al permitir que se practiquen medidas cautelares de embargo y secuestro cuando existen serias dudas sobre la existencia o vigencia del contrato de arrendamiento razonablemente alegadas por el demandando o constatadas por el Juez) viola el debido proceso. Lo anterior por varias razones. Veamos.

**1. FALTA EL SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO ESENCIAL PARA QUE APLIQUE LA NORMA:** Las expresiones acusadas parten del presupuesto de hallarse demandante y demandado en un proceso de restitución de tenencia de inmueble arrendado. Así pues, el requisito indispensable, para que ellas operen, está en que exista un contrato de arrendamiento base entre el demandante y demandado pues, de otra manera, no estaríamos ante un proceso de restitución de inmueble arrendado y, por lo mismo, tampoco podrían operar las prerrogativas procesales que establecen la posibilidad de pedir cautelas para garantizar el pago de cánones, servicios públicos o demás sumas derivadas del susodicho contrato.

Así pues, la IID aboga por el decreto de medidas cautelares, aun cuando no exista certeza sobre la existencia del contrato razonablemente alegada por el demandando o constatada por el Juez, lo cual llevaría a un violación del debido proceso por estarse aplicando una norma cuando falta el presupuesto básico de su existencia y de su carácter normativo, presupuesto que no es otro distinto a que exista real certeza sobre un contrato de arrendamiento que avale el proceso de restitución y las respectivas cautelas-

Bajo el argumento de que la certeza sobre la existencia del contrato de arrendamiento entre demandante y demandado es presupuesto ineludible del decreto de las medidas cautelares, si se siguen los lineamientos de la IID se presentaría una situación que configuraría un "defecto sustantivo" tal y como entiende este la Corte Constitucional al hablar de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, pues cabrían medidas cautelares en un proceso restitutorio a pesar de estar en duda la razón misma y causa del proceso, a saber, la existencia o vigencia del contrato de arrendamiento.

Es así como una de las maneras de incurrir en un defecto sustantivo es aplicar una norma a un supuesto de hecho que no corresponde. Y aunque haya casos en que parezca abrupto tal dislate en la aplicación de la norma, hay supuestos más complejos que podrían encajar en la norma según cierta interpretación pero no según otra. Así pues, si se logra convencer a la Corte de que la IID configura un defecto sustantivo, necesariamente deberá declararse su inconstitucionalidad, pues



precisamente el defecto sustantivo es un término que encierra en sí mismo el concepto de violación al debido proceso.

La IDD conlleva un defecto sustantivo porque avala que se apliquen embargos y secuestros en un proceso restitutorio estando en tela de juicio el supuesto fáctico esencial, ontológico, del proceso mismo, a saber, que haya certeza sobre el contrato de arrendamiento. Así, de manera similar a que sin contrato de arrendamiento no podríamos estar en el escenario de un proceso de restitución de inmueble arrendado (pues una cosa depende apodícticamente de la otra), tampoco parece razonable que se permita las prerrogativas de embargo y secuestro desde la presentación misma de la demanda de restitución o durante el curso del proceso, cuando hay serias dudas sobre la existencia del contrato de arrendamiento razonablemente alegadas por el demandando o constatadas por el Juez, pues es este el requisito habilitante y que permite que pueda haber tanto proceso de restitución como medidas de embargo y secuestro.

Es decir, los embargos y secuestros a que se refieren los apartes demandados son el producto de un proceso en el cual el paso siguiente depende del anterior, de la siguiente manera: i) existe un contrato de arrendamiento entre demandado y demandante; ii) se alega un incumplimiento del demandado por la vía procesal; y iii) se pide embargos y secuestros sobre los bienes del demandado. Si la constatación del primer requisito está en duda, las derivaciones siguientes también pierden su consistencia, especialmente la tercera, pues entonces se buscaría proteger los intereses derivados de un contrato de arrendamiento cuando falta el supuesto esencial de tal aplicación, a saber, que exista (es decir, que haya certeza sobre) el contrato de arrendamiento! De esta manera, la IID, en su aplicación diaria y común protege un derecho dudoso y no sólo esto, sino, además, con las medidas cautelares más gravosas del derecho civil, a saber, el embargo y el secuestro.

Por ello, dado que el derecho va a proteger los intereses de un arrendador ofreciéndole la posibilidad excepcional de embargar y secuestrar bienes en un proceso de corte declarativo, resulta razonable que tal protección sólo se ofrezca cuando no haya dudas sobre el documento del cual deriva su calidad el demandante. Y es que no se trata de un protección cualquiera sino de una protección especialísima. Ello por dos razones, primero, porque el embargo y el secuestro, según se dijo, son las cautelas más onerosas que ofrece el derecho civil; segundo, porque permitir las en un proceso declarativo es algo inusual en el ordenamiento jurídico, donde por regla general el embargo y secuestro están diseñados para procesos ejecutivos y el proceso de restitución **ES EL ÚNICO DENTRO DE LOS DECLARATIVOS ORDINARIOS Y ABREVIADOS QUE PERMITE TAL POSIBILIDAD (dúplica embargo y secuestro)**, desde la presentación de la demanda y durante el curso del proceso antes de sentencia de primera instancia.<sup>10</sup>

La certeza sobre la existencia del contrato de arrendamiento es requisito ontológico de que el demandante pueda pedir embargos y secuestros desde la presentación de la demanda, faltado pues la susodicha certeza también se inhabilita la posibilidad que el sistema jurídico ofrece al demandante de pedir en el proceso restitutorio las cautelas de marras.

<sup>10</sup> Aclaramos que algunos procesos de corte declarativo permiten y exigen el secuestro de bienes conforme a la naturaleza de litigio y sólo en ciertos momentos procesales, v.gr. el proceso divisorio, pago por consignación entre otros.



Que se presente tal situación (un defecto sustantivo) es precisamente lo que busca corregir esta demanda de inconstitucionalidad. En efecto, la exclusión *a priori* de la IID a través del control abstracto de constitucionalidad sienta desde ya el precedente de que sólo proceden las cautelas en el proceso restitutorio cuando hay plena certeza de la existencia del contrato y evita o, por lo menos tiende a evitar, que los jueces incurran en un defecto sustantivo por aplicar una norma cuando falta el supuesto de hecho esencial de su procedencia y fuerza normativa, a saber, la certeza sobre la existencia del contrato.

Sobre este punto, recuérdese la línea jurisprudencial (T-838 de 2004, T-162 de 2005, T-494 de 2005, T-035 de 2006, T-326 de 2006, T-601 de 2006, T-150 de 2007, T-808 de 2009, T-067 de 2010 y T-118 de 2012) que sirve de guía a esta demanda de inconstitucionalidad, a saber, la referente a la prohibición de escuchar al demandado en juicio cuando hay duda sobre la existencia del contrato;<sup>11</sup> en esta línea jurisprudencial, ha señalado la Corte Constitucional, no se puede aplicar la prohibición de no escuchar al demandado en juicio, porque falta un supuesto esencial de la hipótesis de hecho que habilite la consecuencia jurídica, a saber, existen serias dudas sobre la existencia del contrato razonablemente alegadas por el demandado o constatadas por el Juez.

Resulta de la línea jurisprudencial que construyó la Corte sobre este punto que en la vida práctica si se da recurrentemente la aplicación de una norma a pesar de que falta uno de los elementos habilitantes para la aplicación de la misma (exactamente lo mismo ocurre con la IID que se desprende de los artículos 35 de la ley 820 de 2003 y 384, numeral 7 del CGP: faltando la certeza sobre la existencia del contrato de arrendamiento, está al mismo tiempo *“en entredicho la presencia del supuesto de hecho que regula la norma que se pretende aplicar”* y por lo mismo resulta desde el punto de vista lógico un contrasentido jurídico aplicarla o, en términos constitucionales, que su aplicación resultaría o traería aparejada la violación del debido proceso por ocurrencia de un defecto sustantivo). Así dijo la Corte en una de las sentencias de la línea jurisprudencial que se cita:

*“La razón que en este caso impone inaplicar la disposición [la que prohíbe escuchar al demandando en el juicio restitutorio] estriba en que el material probatorio obrante tanto en el proceso de tutela, como en el civil de restitución, arroja una duda seria respecto de la existencia real de un contrato de arriendo entre el demandante y el demandado, es decir, está en entredicho la presencia del supuesto de hecho que regula la norma que se pretende aplicar”<sup>12</sup>*

Y resulta significativo que tales precisiones jurídicas se dieran a través de la acción de tutela, pues ello demuestra que tales hipótesis de defecto sustantivo en que una norma se aplica a situaciones que no están reguladas en su supuesto de hecho, no son descabelladas o meras elucubraciones ociosas sino que son casos que se presentan día a día en la compleja práctica judicial de los abogados litigantes.

Ahora bien, la línea jurisprudencia construida por la Corte Constitucional sobre la excepción de no escuchar al demandado si la causa del litigio es falta en el pago del canon, no es sólo un mero ejemplo que sirva para sustentar por qué la IID es inconstitucional. Por el contrario, si se estudia con detenimiento los argumentos de tal línea, se comprende que tienen una coherencia interna que conlleva el siguiente deber, a saber, ser aplicados a situaciones análogas. Así, si la Corte Constitucional consideró que una disposición “exorbitante” (o por menos inusual en el caso de nuestro derecho procesal civil, cual es no ser escuchado en juicio el demandado) no

<sup>11</sup> Recuérdese lo dicho en el acápite II sobre esta línea jurisprudencial. Ver notas tres a seis.

<sup>12</sup> Sentencia T-162 de 2005, ya citada. Negrillas y subrayas por fuera del original.



aplica para el caso de que haya dudas sobre la existencia del contrato de arrendamiento, si se acepta tal argumento, no sólo desde el punto de vista lógico sino también en su carácter jurídico vinculante por tratarse de una subregla jurisprudencial que los jueces deben aplicar, es dable concluir que tal excepción también es aplicable para otra de las disposiciones "exorbitantes" de nuestro proceso de restitución, a saber, la que el demandante en un proceso de corte declarativo pueda pedir desde la presentación de la demanda cautelas de embargo y secuestro (art. 35, ley 820 de 2010; art. 384, num. 7 del CGP).

Por eso esta analogía entre la IID y la subregla jurisprudencial que creó la Corte a través de la línea jurisprudencial que se comenta es tan importante, pues si se acogen los argumentos de la línea jurisprudencial se entiende a su vez el carácter inconstitucional de la IID. Pero esta analogía también es importante por otra razón: si en la línea jurisprudencial, la Corte desarrolló sus argumentos a través de casos tomados de la vida real, de manera que la subregla jurisprudencial se fue construyendo de manera dinámica en la medida en que los distintos casos llegaban a la Corte; ya una vez construida tal subregla, no es necesario esperar que se presenten tutelas en contra de decisiones judiciales que apliquen la IID, sino que es posible anticiparse a tal IID en sede de control abstracto de constitucionalidad y aplicar la subregla a situaciones análogas.

En conclusión, dado que la IID encierra la aplicación de las expresiones demandadas cuando falta uno de los elementos fácticos del supuesto de hecho, situación que configura un defecto sustantivo; dado que la IID resulta inconstitucional si se aplican a ella los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional para construir su línea jurisprudencial referente a que la prohibición de no escuchar al demandado en el proceso de restitución no es aplicable cuando existen serias dudas sobre la existencia del contrato; y, por último, dado que la línea jurisprudencial en mención tiene un carácter normativo y vinculante que la hace extensiva a casos iguales o similares; es que se solicita la declaración de constitucionalidad condicionada de los preceptos atacados, excluyéndose del ordenamiento jurídico la IID.

**2. NO SE CUMPLE EL REQUISITO DE LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO:** Igualmente, la IID viola el debido proceso pues desconoce uno de los requisitos indispensables para que operen las medidas cautelares, a saber, la apariencia de buen derecho.

Ha señalado la Corte Constitucional que inclusive en un proceso ejecutivo, que es aquel proceso donde de entrada se considera que el demandante cuenta con una apariencia de buen derecho, no proceden las respectivas cautelas si de la contestación de la demanda o de la proposición de excepciones se logra desvirtuar esa apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*). Tal posición se encuentra en la T-764 de 2011, en la cual se señala que: *"No obstante, para materializar una protección efectiva de los derechos fundamentales de la accionante en el marco del proceso ejecutivo, se prevendrá a la autoridad demandada para que suspenda, si aún no lo ha hecho, las medidas cautelares contenidas en el auto del veintiocho (28) de julio de dos mil nueve (2009), hasta tanto no resuelva de fondo la controversia presentada sobre la validez y eficacia de los títulos ejecutivos. Y es que no puede permitirse que dichos documentos produzcan efectos jurídicos negativos para la peticionaria si, en el ejercicio legítimo de su derecho a la*

1  
8  
DC  
10/10/11



defensa, logra establecer que no reúnen las características para hacerse exigibles".<sup>13</sup>

Y es que habiendo dudas sobre la existencia del contrato de arrendamiento, se descarta toda apariencia de buen derecho, pues queda así en vilo el fundamento mismo del derecho del demandante o, por decirlo así, el núcleo jurídico del que dimanarían todas las relaciones envueltas en el litigio: pues sin la certeza sobre la existencia o vigencia del contrato de arrendamiento, difícilmente se puede alegar que el demandante tenga derecho a exigir la restitución de la cosa o, en el otro extremo procesal, que el demandado esté en la obligación de restituir, entre otras posibles obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento.

Aunque la tendencia en el derecho procedimental patrio sea la amplitud cada vez mayor de la posibilidad de decretar medidas cautelares,<sup>14</sup> inclusive en procesos de corte declarativo, ello no puede arrastrar con todo control previo sobre la legitimidad de las mismas. Al respecto, considérese lo señalado por la Corte Constitucional: **"los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en juicio. Existe pues una tensión entre la necesidad de que existan mecanismos cautelares, que aseguren la efectividad de las decisiones judiciales, y el hecho de que esos mecanismos pueden llegar a afectar el debido proceso, en la medida en que se imponen preventivamente, antes de que el demandado sea derrotado en el proceso. Precisamente por esta tensión es que... la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han establecido requisitos que deben ser cumplidos para que se pueda decretar una medida cautelar, con lo cual, la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados"**.<sup>15</sup> Y uno de estos controles es, precisamente, la apariencia de buen derecho (tan es así que en todo proceso de corte declarativo la medida cautelar aceptada por la legislación colombiana es la inscripción de demanda sobre bienes sujetos a registro y sólo se otorga la facultad al demandante de solicitar cautelas más gravosas en contra de su demandado, específicamente, embargo y secuestro, cuando existe una apariencia de buen derecho, siendo esta la existencia de un fallo de primera instancia a favor del actor).<sup>16</sup>

Así pues, si inclusive en un proceso ejecutivo, conforme al importante precedente contenido en la T-764 de 2011, señala la Corte Constitucional que no proceden las medidas cautelares cuando está en discusión la existencia o carácter vinculante del título ejecutivo que sirve de base en la ejecución, con mayor razón debemos aceptar este argumento tratándose de un proceso declarativo, el cual no parte de un

<sup>13</sup> Por otro lado, inótese que negar la práctica de las medidas cautelares cuando se desvirtúa la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) no significa que haya prejudicialidad pues, en todo caso, el Juez conserva la posibilidad de fallar de fondo en la sentencia respectiva! Posición ratificada por la doctrina extranjera, que señala: "declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad" (Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires, 1997. Pág., 77.)

<sup>14</sup> Posición descrita por el profesor Hernán Fabio López, *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Dupre Editores, Bogotá, 2002. Pág., 1080.

<sup>15</sup> Sentencia C-490 de 2000, ratificada en la sentencia C-379 de 2004.

<sup>16</sup> Tal y como lo permite el artículo 590 del C.G.P.



documento con las características de un título ejecutivo que cumpla las exigencias del artículo 488 del C.P.C. En efecto, cuando en un proceso de restitución existen serias dudas sobre la existencia del contrato de arrendamiento, se ataca el título mismo que habilitaría las cautelas, de manera que, tal y como dice la Corte no puede "permitirse que dichos documentos produzcan efectos jurídicos negativos para la peticionaria si, en el ejercicio legítimo de su derecho a la defensa, logra establecer que no reúnen las características para hacerse exigibles", efectos jurídicos negativos que consisten, precisamente, en el decreto y práctica de embargos y secuestros siendo que está en discusión la relación jurídica de la que dimanen las obligaciones que las cautelas buscan proteger.

Por otro lado, también señala la Corte Constitucional que en el tema de cautelas debe existir un equilibrio entre los intereses del demandante y el derecho a la defensa del demandado. Este equilibrio se encuentra precisamente en el requisito del *fumus bonis iuris* y, llevando este al caso en concreto, se materializa en la hipótesis de que el demandante no tenga derecho a las cautelas cuando esté en discusión la existencia o la vigencia del contrato de arrendamiento.

En razón a los argumentos anteriores, solicitamos a la Corte Constitucional, dentro de este proceso constitucional siendo el instrumento correcto y pertinente, bajo el control abstracto de inconstitucionalidad, efectúe un análisis de nuestra IID y, haciendo uso de su propia jurisprudencia sobre el proceso de restitución de inmueble arrendado o sobre medidas cautelares, establezca el alcance y la aplicación constitucional de las expresiones demandadas logrando una coherencia en su subregla jurisprudencial y otras disposiciones jurídicas conexas, dando además la garantía a los demandados en el proceso de restitución de tenencia de inmueble arrendado que, si bien en la actualidad pueden ser escuchados en juicio bajo la subregla creada por la Corte, tiene la carga e infortunio de soportar medidas cautelares de embargo y secuestro, aun pesando sobre el contrato serias dudas de su existencia.

En conclusión, la IID resulta contraria al debido proceso, además de los argumentos esgrimidos en el acápite 1 anterior, porque desconocen el principio del *fumus bonis iuris* (requisito indispensable para el decreto de toda medida cautelar), porque contraría la jurisprudencia constitucional (recogida en la T-764 de 2011) sobre la no procedencia de las cautelas cuando esté en discusión el título que sirve de base a las pretensiones del demandante (en este caso, el contrato de arrendamiento) y, en último lugar, porque representa un desequilibrio entre los intereses del demandante y el derecho de defensa del demandado (sentencias C-490 de 2000 y C-379 de 2004).

**3. LA IID IMPONE UNA CARGA DESPROPORCIONADA SOBRE EL DEMANDANDO EN EL PROCESO RESTITUTORIO:** En este punto conviene recoger varios aspectos que han quedado esbozados anteriormente pero que, sin embargo, ameritan un desarrollo más profundo. Veamos.

**LAS MEDIDAS CAUTELARES DE EMBARGO Y SECUESTRO EN UN PROCESO DECLARATIVO:** Si bien en la actualidad procesal patria con la expedición del C.G.P. se puede hablar de una tendencia que busca ampliar el espectro de las medidas cautelares en los procesos ordinarios, permitiéndose, entre otras novedades, medidas cautelares innominadas o la inscripción de demanda inclusive en procesos ordinarios que no versen sobre el inmueble objeto de la cautela, a pesar pues, de estos "avances" en la mayor garantía que ofrece el ordenamiento jurídico a las pretensiones del demandante, aún sigue siendo posible afirmar que las medidas



cautelares de embargo y secuestro al interior de un proceso de corte declarativo es excepcional en nuestro sistema jurídico.

Así pues, es una disposición "exorbitante" en el contexto de los procesos declarativos que un demandante pueda, desde la presentación de la demanda, pedir embargo y secuestro de bienes de su contraparte y ello porque al estarse en el escenario de un proceso de corte declarativo se parte del supuesto de que el derecho del demandante está en discusión, es decir, si bien todo Juez debe ser imparcial al conocer la causa, en el proceso declarativo ambas partes se hayan en un nivel casi completamente parejo pues ni el derecho del demandante ni las excepciones del demandado ostenta un prevalencia sobre la otra a diferencia de lo que sucede en los procesos ejecutivos, donde el demandante sí cuenta con una ventaja jurídica en el sentido de que el sistema jurídico parte de la juridicidad de su pretensión, al punto que inclusive, tratándose de procesos ejecutivos con base en un título valor, el demandado no puede proponer cualquier tipo de excepciones sino unas específicas, aún más limitadas cuando el título ejecutivo es una sentencia judicial.

De ahí, precisamente, que esté más que justificado que en los procesos ejecutivos se permitan las medidas más gravosas del procedimiento civil (embargo y secuestro) desde la presentación misma de la demanda, dado que, según se viene diciendo, en tales procesos ejecutivos el demandante cuenta con un título que, por sus características, el sistema jurídico considera que merece la mayor protección posible. Tales características, si bien no exclusivamente, pueden resumirse en que dan un certeza sobre el derecho que se hace valer ante la jurisdicción, certeza de la que carece el demandante en un proceso de corte declarativo pues, precisamente, en este caso su derecho está en discusión o, por lo menos, no merece al sistema jurídica la credibilidad que sí ofrece el título del demandante en un proceso ejecutivo. Por lo mismo, dada la indeterminación de la pretensión en el proceso declarativo, el sistema jurídico le ofrece garantías menores, pues si bien no están excluidas del todo las medidas cautelares, por lo menos sí lo están aquellas más eficaces, los embargos y secuestro.

Dicho lo anterior, se comprende hasta qué punto resulta inusual que en un proceso de corte declarativo como lo es el proceso restitutorio se permita el decreto de embargos y secuestros tal y como lo hacen las normas demandadas. Ahora bien, si esta posibilidad no es en sí misma desproporcionada e irrazonable, pues precisamente tales disposiciones buscaban responder a un realidad social conforme a la cual los derechos de los arrendadores se veían prácticamente anulados por todos la excesiva demora y dilación de los procesos de restitución (antiguamente llamados de lanzamiento), una vez se está en el escenario que plantea la IID, entonces sí se convierte en desproporcionada e irrazonable.

En efecto, cuando se permite que en un proceso restitutorio se decreten embargos y secuestros a pesar de estar en duda la "existencia" o el carácter jurídicamente vinculante del contrato de arrendamiento, se desvirtúa el motivo que fundamentaba la inclusión de tal posibilidad al interior del proceso restitutorio. En efecto, el motivo de la inclusión de tal medida "exorbitante" para un proceso declarativo era proteger los intereses de los arrendatarios ante dilaciones injustificadas y muchas veces desleales de los inquilinos. Pero, cuando está en duda la calidad misma de arrendatario o del título que se deriva, resulta desproporcionada e irrazonable que el demandado tenga que soportar las cautelas más gravosas de todo el derecho civil.



Siendo el proceso restitutorio un proceso declarativo y, por lo mismo, habiendo una duda razonable sobre las pretensiones del demandante, esta duda debe necesariamente crecer cuando lo que se cuestiona no son aspectos del desenvolvimiento contractual sino el contrato mismo (su existencia, su validez, su oponibilidad, entre otros conceptos afines y que en últimas niegan el carácter vinculante del respectivo documento frente al demandado), es decir, la fuente misma tanto de las obligaciones como del proceso, de la legitimación en la causa. Y es que estos aspectos últimos no son baladíes sino que constituyen elementos esenciales del proceso y de las relaciones sustanciales que se debaten en él.

Así, cuando el demandado en el proceso de restitución basa su defensa en el cuestionamiento mismo del carácter vinculante del contrato, de su fuerza jurídica, resulta inequitativo que el ordenamiento jurídico casi que desconozca tan importante medio exceptivo respondiéndole con la posibilidad de que el demandante arrendador (cuya calidad misma está en duda, pues el título del que la deriva se muestra "viciado") embargue y secuestre bienes de su patrimonio. ¿Cuál sería, en efecto, la razón de que el ordenamiento jurídico obrara de esta forma? ¿Acaso proteger los intereses de un acreedor, cuando el contrato de que deriva su calidad se alega viciado, nulo, inexistente, inoponible, terminado, etc.? ¿Acaso está el Derecho para proteger, con los mecanismos más gravosos, pretensiones que no adquieren un grado suficiente de certeza en torno a su carácter jurídico? Siendo el proceso declarativo un trámite en que ambos extremos se encuentran en igualdad de condiciones, ¿hay razón para proteger el sólo interés del demandante en contra del demandado, cuando este está poniendo en tela de juicio aquel documento del que el primero deriva sus pretensiones? Ciertamente que no. De esta manera, pues, es que se afirma que la IID, al implicar una carga desproporcionada e irrazonable al demandado, debe ser excluida del ordenamiento jurídico.

**EL DAÑO SE CAUSA CON EL DECRETO MISMO DE LOS EMBARGOS Y SECUESTROS:** Se podría argumentar que la IID no envuelve una carga desproporcionada e irrazonable, pues al demandado le queda aún la posibilidad de prestar una caución judicial para evitar las cautelas y, además de ello, al demandante también se le exige prestar caución para garantizar los perjuicios que eventualmente pueda causar el decreto y prácticas de las cautelas por él solicitadas.

Pero este argumento no disminuye el carácter desproporcionado e irrazonable de la IID. En efecto, el problema fundamental de esta es que permite embargos y secuestros bajo un supuesto bajo el cual sencillamente no deberían proceder: este supuesto es, cuando hay serias dudas sobre el valor jurídico del contrato de arrendamiento. Permitir otra cosa es ya desconocer el derecho de defensa del demandado e imponerle cargas que tiene como fundamento, un yerro jurídico, a saber, la aplicación de una norma que no debió ser aplicada al caso en concreto.

Por esto, el argumento que se objeta no es de recibo. Pues habiendo duda sobre la existencia del contrato de arrendamiento, no tendría por qué darse una credibilidad al derecho del demandante al punto de permitirle embargos y secuestros desde la presentación de la demanda o durante el curso del proceso sobre bienes del demandado. Y, si esto se acepta, los mecanismos que se conceden al demandado (prestar caución o pedir indemnización de perjuicios si gana el proceso) menos que prerrogativas procesales son una forma de trasladarle inequitativamente la falta de certeza de la pretensión del demandante. Así, se pone al demandado a incurrir en el gasto de prestar caución por una norma que no debió ser aplicada al caso concreto o, si gana el juicio y tiene emprender incidente de regulación de perjuicios, se le impone un trabajo cuando desde el inicio del proceso venía señalando que hay una duda sobre el carácter jurídico del contrato

NO  
OBEY



de arrendamiento. Así que, ante la duda atrás descrita, lo más acorde al debido proceso será la abstención en el decreto de la medida cautelar y, por lo mismo, la exclusión del ordenamiento jurídico de la IID.

### **B. COLOFÓN: RELEVANCIA SOCIAL Y JURÍDICA DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN.**

En primer lugar, debemos manifestar que el legislador al crear la ley 820 de 2003 y el artículo 424 del CPC estableció una preferencia al proceso de restitución de inmueble arrendado y prelación al permitir prerrogativas únicas, entre otras, las siguientes: cargas al demandado para ser escuchado en juicio, y embargos y secuestros desde la presentación de la demanda y durante el curso del proceso, inadmisión de algunos trámite (demanda de reconvencción, audiencia del art. 101), no es necesario agotar la conciliación como requisito de procedibilidad, proceso de única instancia cuando la causal de restitución es mora en el pago y, como si esto no fuera suficiente, un “*trámite preferente, salvo respecto de los de tutela*”. Se colige de lo anterior que en Colombia el proceso de restitución de bien inmueble arrendado tiene una suma importancia social que se ve reflejada en las normas procesales y esto no podría ser de otro modo si se tiene en cuenta que de acuerdo con las estadísticas reveladas *Primer Encuentro Nacional de Arrendadores* que realizó Fedelonjas en Bogotá para el 2015 el 40% de los colombianos vive en arriendo siendo nuestro país con la tasa más del arrendamientos en Lationamérica.<sup>17</sup> Igualmente, conforme al libro *El caleidoscopio de la Justicia en Colombia*, dentro de los proceso declarativos, el segundo más importante es el proceso de restitución que agruparía casi un 20% de los procesos declarativos, por debajo sólo de los proceso de responsabilidad extracontractual.<sup>18</sup>

De esta manera, el pronunciamiento de la Corte respecto a la IID tendría un fuerte impacto social, beneficiando a una masiva población, al precisar de manera expresa y con una decisión que configura cosa juzgada erga omnes, los límites constitucionales de las expresiones demandadas.

### **VI. APITUD DE LA DEMANDA**

Los requisitos generales de la demanda presentada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad están dados por el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, el cual señala: “*Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda*”.

Por su parte, la Corte Constitucional ha resumido los anteriores requisitos al señalar: “*el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una norma determinada debe referir con precisión el objeto demandado, el*

<sup>17</sup> Disponible en:

[http://www.fedelonjas.org.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=772:colombia-es-el-pais-de-la-region-con-mas-arrendatarios&catid=1:latest-news&Itemid=72](http://www.fedelonjas.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=772:colombia-es-el-pais-de-la-region-con-mas-arrendatarios&catid=1:latest-news&Itemid=72)

<sup>18</sup> VV.AA. *El caleidoscopio de la Justicia en Colombia*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001. Pág. 588.



*concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto*".<sup>19</sup>

Ahora bien, desarrollando más ampliamente el concepto de la violación ha dicho la Corte que la acusación *"debe ser suficientemente comprensible (clara) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (cierta). Además, el actor debe mostrar cómo la disposición vulnera la Carta (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no legales ni puramente doctrinarios ni referidos a situaciones puramente individuales (pertinencia)*".<sup>20</sup>

## 1. CASO CONCRETO

**1.1. NORMA DEMANDADA:** Al analizar los anteriores requisitos al estudio del caso concreto, se tiene, en primer lugar, que está claro las disposiciones acusadas, a saber, las expresiones *"en todos los procesos de restitución de tenencia por arrendamiento"* del artículo 35 de la ley 820 de 2003; y *"en todos los procesos de restitución de tenencia por arrendamiento"* del artículo 384, numeral 7º del Código General del Proceso.

**1.2. COMPETENCIA:** Dado que las normas demandadas ostentan la categoría de ley, es decir, normas jurídicas expedidas por el órgano legislativo de la República, la Corte Constitucional es competente, conforme al artículo 241, num. 4, para *"decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación"*. De esta manera, la Corte es competente para conocer la presente demanda de inconstitucionalidad.

**1.3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:** En la presente demanda se acusa la violación del artículo 29 constitucional (debido proceso) con argumentos claros, específicos y suficientes. En primer lugar, son claros tanto en su concepción como en su redacción y están encaminados a mostrar cómo la IID vulnera el artículo 29 constitucional por tres motivos: i) por tratarse de un caso en el que se propicia la aplicación de una norma cuando falta uno de sus elementos fácticos; ii) se contraría los argumentos de la propia Corte Constitucional para la procedencia de las medidas cautelares y iii) se desconocen los principios de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la carga procesal que se le impone al demandado en el escenario que se discute en la IID. Los argumentos son específicos pues están estrechamente relacionados con la vulneración al derecho al debido proceso y todos ellos se complementan y tratan de mostrar cómo la IID desconoce el artículo 29 superior. Igualmente, los argumentos del cargo esgrimido en la presente demanda de inconstitucionalidad, son de rango constitucional, primero, porque se basan en una aplicación analógica de la jurisprudencia constitucional construida en torno a la prohibición de escuchar al demandado en un proceso de restitución de tenencia de inmueble arrendado, segundo, porque recoge lineamientos de la propia Corte sobre medidas cautelares y, tercero, porque trata de mostrar, bajo la óptica de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (principios estos de rango constitucional e utilizados constantemente por la Corte para evaluar la constitucionalidad de normas procesales proferidas por el legislador), por qué la IID resulta inconstitucional.

EXEL  
TA D.C.

<sup>19</sup> C-879 de 2014.

<sup>20</sup> C-029 de 2011.



**VII. PRETENSIONES**

**PRIMERA:** que se **DECLARE CONDICIONALMENTE CONSTITUCIONAL** la expresión "en todos los procesos de restitución de tenencia por arrendamiento" del artículo 35 de la ley 820 de 2003, en el entendido que no comprende aquellos proceso de restitución de tenencia por arrendamiento donde existan serias dudas sobre la existencia o la vigencia del contrato de arrendamiento entre demandante y demandado.

**SEGUNDA:** que se **DECLARE CONDICIONALMENTE CONSTITUCIONAL** las expresiones "en todos los procesos de restitución de tenencia por arrendamiento" del artículo 384, numeral séptimo del Código General del Proceso, en el entendido que no comprende aquellos proceso de restitución de tenencia por arrendamiento donde existan serias dudas sobre la existencia o la vigencia del contrato de arrendamiento entre demandante y demandado.

**VIII. NOTIFICACIONES**

Protegido por Habeas Data

De los respetados magistrados,

Protegido por Habeas Data

Protegido por Habeas Data

**DILIGENCIA DE PRESENTACION Y RECONOCIMIENTO** NOTARIA 18

JOSE MIGUEL ROBAYO PINEROS, NOTARIO 18 DEL CIRCULO DE BOGOTÁ, hace constar que el anterior escrito fue presentado personalmente por:

Protegido por Habeas Data

Identificado con: C.C. Protegido por Habeas Data  
 Tarjeta Profesional: Protegido por Habeas Data  
 y declaró que la firma que aparece en el presente documento es suya, y el contenido del mismo es cierto.

Bogotá, D.C. 18/06/2015  
 Hora: 9:43:53

tgy5nugte mtg65gty

XTU004TS217IVCBF05  
 Verifique en [www.notariaenlinea.com](http://www.notariaenlinea.com)

FIRMA:

**DILIGENCIA DE PRESENTACION Y RECONOCIMIENTO** NOTARIA 18

El Notario Dieguito del Circulo de Bogotá D.C. hace constar que el anterior escrito...

Protegido por Habeas Data

Protegido por Habeas Data

Protegido por Habeas Data - C.S.J.

... y la firma que aparecen en el presente documento son ciertas y el contenido del mismo es cierto, la feella se autentica por...

18 JUN 2015

INDICE DEREGISTRADO

