

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES
SALA CIVIL FAMILIA



Magistrada Sustanciadora:
SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se resuelve el recurso de apelación formulado por la parte demandante frente al auto adiado 5 de agosto de 2022 proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, dentro del proceso verbal de responsabilidad civil contractual promovido por Morichal Conjunto Cerrado P.H. en contra de Gran Morada Construcciones S.A.S.

II. ANTECEDENTES

2.1. En providencia del 6 de julio de 2022, el a quo estuvo a lo resuelto por el Tribunal Superior de Manizales en auto del 22 de junio hogaño¹ y realizó control de legalidad, resolviendo inadmitir de nuevo la demanda por falta de acreditación de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, al tenor del numeral 7 del artículo 90 del Código General del Proceso.

Recalcó que la solicitud de medida cautelar presentada con la demanda², no releva la parte demandante de agotar el requisito de procedibilidad, por cuanto dicha cautela no está autorizada por el artículo 590 del estatuto procesal para los procesos declarativos, ya que no puede tenerse como innominada, y si se admitiere su viabilidad, tampoco se allegó la caución que exige el numeral 2 de la norma referida.

2.2. El 12 de julio de 2022, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de reposición cuestionando la interpretación restrictiva que se dio la norma; de paso, aprovechó para solicitar una nueva medida cautelar consistente en “[l]a suspensión de pagos que le puedan corresponder a Gran Morada por parte de la fiducia ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en calidad de vocera y administradora de los patrimonios autónomos denominados FIDEICOMISO MORATTO LIVING y MAWI”, y la disposición de dichos dineros a órdenes del despacho para que no se hagan ilusorias las pretensiones de la demanda.

¹ En su providencia el Tribunal revocó el auto del 13 de mayo de 2022, mediante el cual se rechazó la demanda por indebida subsanación, y ordenó realizar un nuevo estudio de admisibilidad.

² En escrito separado la demandante solicitó el embargo y retención de las sumas de dinero depositadas en cuentas corrientes, de ahorro, o a cualquier otro título bancario que posea la sociedad demandada en las entidades financieras relacionadas.

2.3. Por auto del 5 de agosto de 2022 el Juzgado rechazó la demanda por indebida subsanación, aduciendo que conforme lo señala el artículo 90 del Código General del Proceso, el auto que inadmite la demanda no es susceptible de ningún recurso, y si *“en gracia de discusión se permitiera el estudio del recurso de reposición, no percibe el Despacho, respecto a la medida cautelar que allí se invoca, la argumentación suficiente y convincente del libelista tendiente a sustentar los presupuestos traídos por el literal c), numeral 1º ibídem(sic).”*

2.4. El extremo activo interpuso recurso de apelación, recriminando que la posición del a quo es *“improcedente, antojadiza y arbitraria”*, pues aplicó el criterio de interpretación de la norma más restrictivo, con lo que desconoció la fuente constitucional de las medidas cautelares.

Mencionó la finalidad de la cautela pretendida es garantizar el pago de las condenas, en caso de que llegaren a prosperar las pretensiones, toda vez que la sociedad demandada no posee bienes a su nombre que permitan materializar la inscripción de la demanda, y si bien, la medida de embargo es nominada para los procesos ejecutivos, pierde tal nominación en los declarativos, encajando en el concepto del literal c del artículo 590 del Código General del Proceso.

Refutó que los poderes de instrucción del juez no pueden confundirse con la denegación del acceso a la administración de justicia, por lo que solicitó que se revoque la decisión confutada y se disponga la admisión del libelo genitor, se fije la respectiva caución y se ordene al A quo el estudio de la medida cautelar solicitada en el escrito de subsanación.

2.5. En proveído del 16 de agosto de 2022 el juez de primera instancia concedió la alzada en el efecto suspensivo.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Atendiendo la competencia reglada en el artículo 328 del Código General del Proceso, el debate se centrará en determinar si las medidas cautelares solicitadas son idóneas para obviar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial en el proceso verbal declarativo, cuya ausencia sirvió de vengero para la inadmisión y posterior el rechazo de la demanda.

3.2. El artículo 90 del Código General del Proceso establece que la demanda debe inadmitirse, entre otras razones, *“[c]uando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”*.

Norma que debe acompasarse con el artículo 35³ de la Ley 640 de 2001⁴, según la cual *“[e]n los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la ley para cada una de estas áreas”*, y con el artículo 38⁵ ídem que reza, *“[s]i la materia de que trate es conciliable, la*

³ El artículo 35 de la Ley 640 de 2001 fue modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010.

⁴ La Ley 640 de 2001 quedará derogada a partir del 30 de diciembre de 2022, acorde con lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 2220 de 2022 “Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones”, cuya vigencia se pospuso para 6 meses después de su promulgación (30 de junio de 2022).

⁵ El artículo 38 de la Ley 640 de 2001 fue modificado por el artículo 621 de la Ley 1564 de 2012.

conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados.

PARÁGRAFO. *Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 1o del artículo 590 del Código General del Proceso.”*

La regla procesal a la que remite la norma en cita señala que “[e]n todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.”

En síntesis, si se trata de un asunto conciliable, es presupuesto para la admisión de la demanda que se acredite haber agotado el requisito de procedibilidad, a menos que se soliciten medidas cautelares y lógicamente, que estas sean viables.

En relación con las medidas cautelares en procesos declarativos, el artículo 590 adjetivo señala que son procedentes, a petición del demandante, desde la presentación del escrito inaugural:

a.- La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando el litigio verse sobre el dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes. Si la sentencia llega a ser favorable al demandante, puede solicitar el secuestro de estos.

b.- La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando se persiga el pago de perjuicios originados en la responsabilidad civil contractual o extracontractual. En caso de sentencia estimatoria, el demandante puede pedir el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción y de los demás que se denuncien como de propiedad del demandado.

c.- Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. En esta hipótesis el juez debe apreciar 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 y, si lo estima procedente, puede decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada, estableciendo su alcance y duración, pudiendo disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida adoptada.

Sobresale de la reglamentación del código adjetivo el carácter restringido de las cautelas nominadas, ocupándose expresamente de determinar cuáles pueden decretarse en los diferentes asuntos según el tipo de litigio (declarativo, ejecutivo, de familia) y las etapas en que se halle. Esto para acrisolar, que no es dable considerar como innominadas aquellas que tienen una regulación específica, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia:

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

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

Es preciso acotar que, uno de los elementos distintivos de las medidas cautelares es su carácter restringido con relación a las medidas nominadas, el cual no se ha perdido ante la entrada en vigencia del Código General del Proceso, pues en el Libro Cuarto, Título I, Capítulo I de dicha reglamentación, expresamente se prevén las cautelas pasibles de ser ordenadas dentro de los distintos trámites, precisándose su procedencia dependiendo del tipo de litigio (declarativo, ejecutivo, “de familia”) y de las especiales circunstancias como se halle.

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

Tal categorización revela la existencia de una reglamentación propia para cada tipo de medida e impide concluir que la inclusión de las innominadas entraña las específicas y singulares, históricamente reglamentadas con identidad jurídica propia, pues de haberse querido ello por el legislador, nada se habría precisado en torno a la pertinencia y características de las ya existentes (inscripción de la demanda, embargo y secuestro) y tampoco se habrían contemplado las particularidades de las nuevas medidas introducidas.⁶

En oposición, las medidas innominadas, aquellas que carecen de nombre, no se encuentran establecidas de una manera concreta y se caracterizan por su novedad, creatividad e indeterminación, dado que se originan en las peticiones de las partes y exigen al juez cognoscente un escrutinio minucioso sobre la necesidad, efectividad y proporcionalidad frente al derecho objeto del litigio para acceder a su decreto⁷.

⁶ CSJ STC15244-2019.

⁷ Al respecto consultar las sentencias CSJ. STC de 11 de febrero de 2013, exp. 11001 22 03 000 2012 02009 01; STC16248-2016 de 10 de noviembre de 2016, exp. 68001-22-13-000-2016-00415-02 y STC1302-2019 de 8 de febrero de 2019, exp. 11001-22-10-000-2018-00699-01. En torno al mismo tema, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-835 de 2013, al pronunciarse sobre la inexequibilidad del literal d) del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011, que facultaba al Director de la Unidad Administrativa Especial - Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, para adoptar cualquier medida que encontrara razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, sostuvo que aún en tratándose de cautelas innominadas es necesaria la existencia de lineamientos que guíen la decisión de la autoridad administrativa o judicial, sustentados en criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Expresó: “(...) [E]n el ordenamiento jurídico colombiano hay cabida para una serie de medidas cautelares atípicas o innominadas, novedosas, que además de no ser viables de oficio, solo pueden imponerse por el juez en ciertos procedimientos para proteger derechos litigiosos, prevenir daños o asegurar la efectividad de las pretensiones, dentro de parámetros que para su imposición, son claramente delineados por el legislador.

Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para ‘prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra’ (...).

3.3. Las anteriores precisiones otorgan la razón al A quo cuando en su auto del 6 de julio de 2022 advirtió que la medida solicitada, consistente en el embargo de cuentas y productos financieros, no estaba autorizada en esta etapa del proceso declarativo y por consiguiente, el demandante tenía la carga de acreditar el cumplimiento del requisito de procedibilidad; porque tal y como lo acotó, aquella no puede entenderse como una medida innominada, justamente porque el embargo tiene una expresa regulación en el Código General del Proceso que lo reserva para otros escenarios; particularmente en los procesos de responsabilidad civil, cuando se emite sentencia favorable al demandante en primera instancia, según lo establece el literal b del numeral 1 del artículo 590.

Para reforzar el argumento se trae a colación la sentencia STC3917 de 2020 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que precisó, “[d]e modo que atendiendo la preceptiva del artículo 590 del Código General del Proceso, literal c), cuando autoriza como decisión cautelar “(...) cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio (...)” (subraya fuera de texto), implica entender que se está refiriendo a las atípicas, diferentes a las señaladas en los literales a) y b), las cuales sí están previstas legalmente para casos concretos; de consiguiente, los requisitos establecidos para el decreto de las medidas innominadas no pueden ser extensivos para aquéllas existentes con categorización e identidades propias (inscripción de la demanda, embargo y secuestro); amén de la clara autonomía que dimana del numeral 1 del art. 590 del C. G. del P, en relación con cada uno de los literales: a), b) y c); de ahí que no exista posibilidad de que una cautela nominada como el embargo pueda ser considerada innominada para que bajo ese ropaje se decrete en aquellos eventos en que la ley no la contempla.

Siendo así las cosas, como quiera que la implorada no corresponde a una medida atípica, resulta inane cualquier elucubración en torno a las motivaciones expuestas para justificar su pertinencia, dado que la ponderación de la necesidad, proporcionalidad y efectividad solo es exigible respecto de estas, porque como lo expuso la Corte en esa misma sentencia, “[e]s el literal c), el que demanda por parte del juez en el marco de su discrecionalidad y prudencia para el decreto y práctica de las medidas innominadas, tener en cuenta “(...) la legitimación o interés para actuar (...) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho (...) la apariencia de buen derecho (...), la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida (...)”

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

El literal c) del referido artículo 590 permite al juez, previa petición de parte, decretar cualquier otra medida cautelar que “encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”. Para tal efecto, el citado literal preceptúa que “el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho”. Igualmente, “el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”.

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

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

Corolario, como la parte demandante no subsanó la demanda en debida forma, ya que no allegó en el término la prueba del agotamiento del requisito de procedibilidad, nada puede increparse al juez por rechazar la demanda al amparo del inciso cuarto del artículo 90 ídem.

3.4. Idénticas consideraciones habrán de emitirse respecto de la solicitud de medida cautelar incorporada en el escrito presentado el 12 de julio de 2022, contentivo del fallido recurso de reposición frente al auto inadmisorio.

Allí se solicitó “[l]a suspensión de pagos que le puedan corresponder a Gran Morada por parte de la fiducia ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en calidad de vocera y administradora de los patrimonios autónomos denominados FIDEICOMISO MORATTO LIVING y MAWI, la que tiene a cargo el recaudo y administración de los dineros con ocasión de la venta y desarrollo de dichos proyectos (MORATTO LIVING y MAWI), y los mismos sean puestos a disposición del Despacho, con el fin de que no sean ilusorias las pretensiones de esta demanda”, que no es cosa distinta a un embargo y retención de dineros, que como se dijo en renglones anteriores, corresponde a una medida cautelar nominada en los procesos declarativos, susceptible de ser decretada solo en el evento de que la sentencia de primera instancia sea favorable al demandante.

En consecuencia, el recurso de apelación está al fracaso porque la decisión adoptada por el cognoscente es la consecuencia legal de no haberse cumplido la carga de subsanar en debida forma la demanda, luego se confirmará el auto confutado.

No se condenará en costas de esta instancia a la parte apelante por no haberse causado (art. 365 num. 8 C.G.P.).

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Magistrada Sustanciadora de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 5 de agosto de 2022 proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, dentro del proceso verbal de responsabilidad civil contractual promovido por Morichal Conjunto Cerrado P.H. en contra de Gran Morada Construcciones S.A.S.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al Juzgado de origen para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA
Magistrada

Firmado Por:

Sofy Soraya Mosquera Motoa
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Despacho 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fbcd753209041910710dafb4502bf0131c7ced30920c585ba35f4f1ea1dad549**

Documento generado en 26/08/2022 07:45:44 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>