

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES
SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**



Magistrado Sustanciador: **JOSÉ HOOVER CARDONA MONTOYA**
Manizales, Caldas, veintinueve de septiembre de dos mil veintitrés.

Se analiza el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial del señor Martín Alonso Rodas Salazar contra el auto de 22 de agosto de 2023 proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Anserma, Caldas, en el proceso verbal reivindicatorio promovido a instancias del recurrente frente al señor Jorge Eliécer Agudelo Mesa.

ANTECEDENTES

- El 28 de julio del 2023 fue repartida la demanda reivindicatoria promovida por el señor Martín Alonso Rodas Salazar en contra del señor Jorge Eliécer Agudelo Mesa con el fin de que este último restituya la posesión del bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 103 – 23459.
- El primero de agosto del 2023, el Despacho a quo inadmitió el libelo introductor, resolviendo entre otros motivos, el rechazó de la solicitud de inscripción de la demanda sobre el bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 103 – 23459 al no ser procedente para este tipo de trámites; por lo que ordenó que debía acreditarse el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, ante la impertinencia de la cautela presentada.
- Por lo anterior, la parte actora solicitó el decreto de medidas cautelares innominadas consistentes en que se prohíba al demandado el arrendamiento o cualquier forma de enajenación del respectivo inmueble y la realización de cualquier mejora sobre el predio objeto a reivindicar; cautelas que fueron despachadas de manera desfavorable en auto No. 1079 del 22 de agosto del 2023, por lo que ante la no prosperidad de las mismas y la falta de agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad se resolvió rechazar la demanda.

- Frente a dicha determinación, la parte recurrente impetró reposición y en subsidio apelación argumentando que nada se dijo en el auto confutado sobre la solicitud de prohibición de arrendar o enajenar el inmueble objeto de reivindicación.

De otro lado, manifestó que es conocido que el demandado, señor Agudelo Mesa ha incurrido en este tipo de conductas y que inclusive se han tramitado procesos de esta envergadura en el Despacho de instancia, aunado a que dentro del interrogatorio de parte extraprocesal que se trae como prueba se evidencia la falta de ánimo conciliatorio del demandado, sumado a que no reconoce a los titulares del derecho real de dominio por lo que demuestra su mala fe desde el inicio de este trámite y hace posible la materialización de la medida requerida.

Por último, indicó que el artículo 590 del Código General del Proceso faculta al juez para que si lo considera pertinente, en el caso de las medidas cautelares innominadas proceda a decretar una menos gravosa, por lo que de manera subsidiaria la parte recurrente solicita se dé aplicación a ello.

- Con proveído del 11 de abril de 2023, decidió el Juzgado a quo negar el recurso horizontal y conceder la alzada, basó su determinación en que si bien el recurrente en su escrito de censura manifestó que la solicitud de impedimento de continuar con la mejoras dentro del inmueble objeto de la litis, tiene única y exclusivamente como fin el prohibir que las que ya se vienen realizando se continúen ejecutando, del expediente no emerge de manera diáfana o meridianamente clara una actuación del demandado que sea indicativa de que se encuentre realizando reformas de algún tipo, por lo que los supuestos de hecho planteados no encuadran dentro de los términos de amenaza o peligro requeridos para acceder a la cautela deprecada.

Con todo, arguyó que si como lo manifiesta el censor su preocupación se cimienta es que al momento de una eventual sentencia favorable las mejoras no son temas que se discuten en este tipo de trámites (Folio 2, Archivo 20 del expediente digital), debe decirse que en la legislación civil vigente entre los artículos 961 a 971 se encuentra regulado todo lo atinente a las restituciones mutuas en caso de que el poseedor resulte vencido en juicio, por lo que temas como frutos y mejoras serán objeto de la decisión que finiquite el pleito traído a conocimiento de la judicatura.

En cuanto a que si el señor Agudelo Mesa arrienda o enajena el inmueble objeto de discusión podría materializarse como un obstáculo para la parte demandante ejercer su derecho de posesión sobre dicho fundo, fue enfática la Funcionaria en revalidar que no se avizora dicha amenaza. Lo anterior, comoquiera que no existe en este momento procesal por lo menos un indicio de que el demandado se encuentre arrendando el bien inmueble con FMI 103 – 23459 puesto que no se allegó prueba siquiera sumaria que permita colegir dicha situación; sumado a que si lo que le preocupa al demandante es la posible oposición que un arrendatario pudiere plantear ante una eventual sentencia favorable a sus pretensiones y a la consecuente orden de entrega del inmueble, se le pone de presente que de conformidad con lo regulado en el numeral 1 del artículo 309 del Código General del Proceso, la misma sería rechazada de plano, por lo que la existencia de tal peligro no se logra materializar en el caso concreto.

Refirió que el artículo 959 del Código Civil del cual desprendió que el legislador instituyó que pese a la interposición de una acción reivindicatoria, el poseedor tiene derecho a continuar gozando del inmueble que se haya ocupando, por lo que resulta aún más necesario que la parte demandante agote todos los trámites tendientes a evidenciar o enrostrar la posible amenaza o vulneración a los derechos que alega en esta etapa embrionaria del proceso, como lo es, la presentación de la demanda y la consecuente solicitud de medidas cautelares, en este caso, innominadas, situación que en el particular no acaeció.

Frente a la supuesta mala fe del señor Jorge Eliécer Agudelo Mesa, en razón a fungir como demandado en otros procesos reivindicatorios en ese despacho como el 2023 – 170, alegó que en primer término que dicha demanda se encuentra rechazada mediante proveído de tres (3) de agosto de 2023, por lo que la misma no puede tenerse como elemento de juicio suficiente para acreditar dicha circunstancia; sumado a que la mala fe será una cuestión que deba ventilarse al interior del trámite procesal pertinente, con el recaudo de las pruebas solicitadas por los extremos del proceso, lo que en el caso concreto no ha acontecido, máxime si se tiene en cuenta que la buena fe se presume a voces del canon 769 del Código Civil, la cual inclusive fue elevada a rango constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política.

Finalizó diciendo que pese a que el literal c del artículo 590 del Código General del Proceso indica que el juez puede adoptar una medida menos

gravosa a la solicitada por la parte demandante, en todo caso la norma resulta clara en indicar que es potestativo del juez adoptar dicha postura en razón a que le da un margen de acción e interpretación con la expresión de: "lo estimare procedente", lo cual no se configuró en el de marras puesto que no existen elementos que puedan dar a lugar ni siquiera al decreto de una medida cautelar diferente de las peticionadas.

CONSIDERACIONES

Resulta claro que el artículo 321 del C.G.P. contiene dentro de su hipótesis normativa la alzada para esta clase de asunto, al consagrar que:

"(...)También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: (...)1. El que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de las partes".

Por tanto, en el presente asunto se encuentra habilitada la competencia del Superior.

CASO SUB EXÁMINE

Problema jurídico

La discusión gira en torno a determinar entonces si los argumentos esbozados por la parte recurrente son capaces de derrumbar la presunción de legalidad y acierto que goza el proveído de instancia. En este caso, si la negativa de decretar las medidas innominadas, que conllevó al posterior rechazo de la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, estuvo ajustada a derecho.

Caso concreto

El canon 320 CGP reza: *"El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión (...)".*

Debe recordarse que en principio las medidas se rigen por la taxatividad; por tanto, para decretar una medida cautelar, el funcionario judicial debe verificar que la misma esté indicada en las normas generales, o autorizada para el proceso especial en el que se pide, de lo contrario no puede acceder a la solicitud, porque sería trastocar la especificidad que le es propia.

Debe destacarse, que la anterior regla incluye a las llamadas medidas innominadas, en la medida en que ellas están reguladas para específicos casos, como los procesos declarativos, genéricamente, de acuerdo con el literal c) de la regla 1 del artículo 590 del CGP.

Tiene dicho la doctrina que las medidas cautelares:

“Deben estar predeterminadas en la ley, porque la codificación se encarga no sólo de tipificarlas sino de señalar el proceso dentro del cual proceden, requisito que no se puede confundir con el de que sean o no nominativas, porque también en el evento de que se permitan las medidas cautelares que el juez estime pertinentes opera la predeterminación, entendida en el sentido de que siempre una norma debe contemplarlas de antemano.

En suma, entiendo este requisito como la necesidad de que una norma consagre y autorice al juez para decretar de oficio o a solicitud de parte una medida cautelar, de manera que en todos los eventos en lo que la ley contempla medidas cautelares innominadas también se cumple esta exigencia, solo que el juez puede de acuerdo con las particularidades del específico caso señalar la que estime procedente, no solo de las nominadas en la ley.”¹

Descendiendo al caso concreto, se trata en este caso de un proceso declarativo; de ello no hay duda. Por ende, sería susceptible, en principio, del decreto de medidas cautelares innominadas. La cuestión es que, tales medidas, de su propia denominación se deduce, son aquellas que no aparecen identificadas en la ley procesal, es decir, que se apartan de las medidas nominadas que la legislación establece para cada asunto en particular; de ahí que corresponde al Funcionario de la causa verificar, previo a su decreto, el cumplimiento del fundamentos axiológicos contenidos en el literal c) de la regla 1ª del artículo 590 del Ritual Civil.

Conviene entonces traer a colación lo expresado por el doctrinante Gustavo Hernán Arguello Hurtado en torno a esta clase de medidas²:

“del mismo modo, el artículo 590 del Código General del Proceso, permite que en los procesos declarativos se decrete “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 las que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”.

Y agregó³:

“respecto de esto último, impone la norma que será obligación del juez apreciar la legitimación o el interés para actuar de las partes, como también la existencia o amenaza o la vulneración del

¹Hernán Fabio López Blanco, Código General del Proceso. Parte General. Dupré Editores. Bogotá. 2016. Pág. 1077

² La oralidad en el proceso civil, Gustavo Hernán Arguello Hurtado, ediciones Nueva Jurídica, 2013. pags. 57 - 58

³ Pág. 58, Ídem.

derecho. Y se incluye además, una valoración adicional, en el sentido que el Juez, igualmente, tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida".

Avanzando, para el decreto de cualquier otra medida cautelar en procesos declarativos, como la pretendida por la demandante, en el literal c) del artículo 590 del Código General del Proceso, se consagran varias exigencias a tener en cuenta por el juez, cuales son: 1. apreciar la legitimación o interés para actuar de las partes; 2. observar la existencia de la amenaza o vulneración del derecho; 3 tener en cuenta la apariencia de buen derecho; y 4. detallar la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

El presente asunto trata de la negación de las siguientes medidas pedidas por la parte actora:

a) Se prohíba al demandado el arrendamiento o cualquier forma de enajenación de la tenencia del predio objeto a reivindicar.

b) Se prohíba al demandado la realización de cualquier mejora sobre el predio objeto a reivindicar.

c) Se ordenen las demás medidas cautelares y o preventivas que considere pertinente.

Frente a la petición a) debe indicarse que no advierte del plenario elementos de juicios que ayuden a vislumbrar la necesidad de tal medida, requisito inescindible para el decreto de la cautela a voces del canon 590 CGP. Frente a la necesidad de la medida el Doctrinante Jorge Forero Silva indicó⁴:

"3. La necesidad de adoptar la medida, así como la efectividad de la que decrete. Que sea indispensable para el cumplimiento de la sentencia, debiendo ser útil y efectiva para el caso concreto, por existir un riesgo que amerita ser atendido y evitar que se vulnere un derecho. Debe entonces el juez decretar una medida consonante con lo pretendido, y que impida la transgresión del derecho amenazado".

⁴ Medidas Cautelares en el Código General del Proceso, Jorge Forero Silva, tercera edición, editorial Temis, pág.32.

Así las cosas, la Sala no aprecia que exista un riesgo inminente para el derecho de propiedad de la actora que haga impostergable la salvaguarda, además en caso de una eventual sentencia favorable al actor, claramente se podría dar aplicación al canon 309 CGP que reza: "**OPOSICIONES A LA ENTREGA.** *Las oposiciones a la entrega se someterán a las siguientes reglas: 1. El juez rechazará de plano la oposición a la entrega formulada por persona contra quien produzca efectos la sentencia, o por quien sea tenedor a nombre de aquella. (...) 3. Lo dispuesto en el numeral anterior se aplicará cuando la oposición se formule por tenedor que derive sus derechos de un tercero que se encuentre en las circunstancias allí previstas, quien deberá aducir prueba siquiera sumaria de su tenencia y de la posesión del tercero. En este caso, el tenedor será interrogado bajo juramento sobre los hechos constitutivos de su tenencia, de la posesión alegada y los lugares de habitación y de trabajo del supuesto poseedor*".

Sumado, a que la procedencia está enmarcada por la naturaleza de la pretensión rogada, la cual busca que sea eventualmente garantizada en su cumplimiento a través de las medidas cautelares, destacándose que las mismas no pueden ser concedidas de forma indiscriminada dado que ello afecta a la parte pasiva de la acción invocada; por lo cual, la restricción que afecta a los demandados deben ser justificada, con un canon legal que consagre la medida para el caso invocado, con el cumplimiento de sus supuestos normativos. En efecto, el doctor Miguel Enrique Rojas destacó:⁵: "(...) la adopción de precauciones suele impedir o limitar el ejercicio de derechos, lo que descarta la conveniencia de autorizarlas indiscriminadamente y sin condicionamientos. De ahí que los regímenes procesales suelen supeditar al concurso de ciertos requisitos la posibilidad de ordenar medidas cautelares, (...)" (Subrayado fuera del texto original).; sin embargo, en este caso no se evidencia la necesidad impostergable máxime que ante una sentencia favorable puede acudir la parte actora a lo consagrado en el canon 309 CGP.

De otro lado, se concuerda con el Despacho de instancia que la buena fe se presume según voces del canon 769 del Código Civil, la cual inclusive fue elevada a rango constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política y sería muy prematuro en este estadio procesal destruir dicha presunción no solo por falta de elementos suasorios para ello, sino porque la parte demandada no podría defender su postura procesal. De igual modo, al señor

⁵ Miguel Enrique Rojas. Lecciones de Derecho procesal. Teoría del proceso. Tomo I, 3ª edición, ESAJU, Bogotá, 2013, pág.227.

Jorge Eliécer Agudelo Mesa, en razón a fungir como demandado en otros procesos reivindicatorios adelantados en el Despacho de instancia como el 2023 – 170, dicha demanda fue rechazada mediante proveído de tres (3) de agosto de 2023, según lo manifestó la Célula Judicial de instancia, por lo que a no dudarlo la misma no puede tenerse como elemento de juicio, menos cuando no se trabó la litis ni se adelantó toda la etapa probatoria pertinente.

b) Se prohíba al demandado la realización de cualquier mejora sobre el predio objeto a reivindicar.

En este punto, también se evidencia la falta de la necesidad de la medida pues del cartulario no emerge de manera diáfana o meridianamente clara una actuación del demandado que sea indicativa de que se encuentre realizando reformas de algún tipo, por lo que los supuestos de hecho planteados no encuadran dentro de los términos de amenaza o peligro requeridos para acceder a la cautela deprecada.

Además como lo refiere el canon 959 del Estatuto Sustantivo Civil " Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada."; de que en sana lógica tendría que presar su derecho hasta ser vencido en el juicio pues no tendría sentido a modo de ejemplo, que por alguna restricción no pudiese efectuar una mejora necesaria a fin de salvaguardar la estructura del inmueble, sumado a la falta de elementos de juicios para desprender que los actos u omisiones del demandado hagan imperioso la adopción de alguna medida.

Ya si se trata de las mejoras ya edificadas o de ser el caso las que se están adelantando, claramente es una discusión que deba adelantarse en el interior del proceso conforme los artículos 961 a 971 del Código Civil; sin embargo, se itera la falta de necesidad de la cautela, tampoco luce proporcional, pues se insiste, por ejemplo en el caso de una mejora necesaria para la preservación del inmueble o de ser el caso evitar su ruina.

c) Se ordenen las demás medidas cautelares y o preventivas que se consideren pertinentes.

En cuanto a este ítem, es claro en señalar el literal c del artículo 590 del Código General del Proceso que el juez puede adoptar una medida menos gravosa a la solicitada por la parte demandante, pero siempre que: "lo estimare

procedente". Pues bien, revisado el plenario no se advierte alguna cautela que deba darse en este caso, pues no se reúnen los requisitos de la apariencia de buen derecho, necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida para su decreto.

COROLARIO: no encuentra la Sala Unitaria razón alguna por la cual la decisión de primera instancia merezca ser revocada en los términos peticionados por la recurrente, pues se insiste, las medidas peticionadas, por ahora, son inviables merced que no se acogen a los supuestos normativos consagrados en el canon 590 CGP.

Así las cosas, se confirmará el auto censurado. No se condenará en costas por falta de causación (num. 8 art. 365 CGP). En este sitio las cosas, se dispondrá la remisión del proceso al Despacho de origen y la comunicación inmediata al Juez de primer nivel, al tenor de lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 326 del Código General del Proceso, según el cual: "*... Si la apelación hubiere sido concedida en el efecto devolutivo o en el diferido, se comunicará inmediatamente al juez de primera instancia, por cualquier medio, de lo cual se dejará constancia. El incumplimiento de este deber por parte del secretario constituye falta gravísima*".

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala Unitaria Civil – Familia,

RESUELVE:

Primero: **CONFIRMAR** el auto adiado 22 de agosto de 2023 proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Anserma, Caldas, en el proceso verbal reivindicatorio promovido a instancias del señor Martín Alonso Rodas Salazar frente al señor Jorge Eliécer Agudelo Mesa.

Segundo: **NO CONDENAR** en costas en esta instancia.

Tercero: **COMUNICAR** de manera inmediata la decisión aquí adoptada, de conformidad con el artículo 326 del C.G.P.

Cuarto: **DEVOLVER** el expediente a su lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ HOOVER CARDONA MONTOYA
Magistrado

Firmado Por:

Jose Hoover Cardona Montoya
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 5 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: **557c91726c0eeda1efc6d5a9845f1b05168ed39a2cdc3c044433cc8bdf294a46**

Documento generado en 29/09/2023 03:21:25 PM

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