

CONSTANCIA SECRETARIAL:

A despacho del señor Juez el presente proceso para resolver el recurso de APELACIÓN interpuesto por la parte demandante frente al auto adiado en marzo 4 de 2020 proferido por el Juzgado Once Civil Municipal de Manizales, por el cual se rechazó la Demanda Reivindicatoria formulada por la señora ANA LORENA GARCÍA JURADO contra la señora ALEJANDRO GARCÍA JURADO, la cual se radicó con el número 17001-40-03-011-2021-00006-02.

En el presente asunto no se ha trabado la litis.

Sírvase proveer.

Manizales, 25 de junio de 2021.

MANUELA ESCUDERO CHICA
SECRETARIA

JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Se decide lo pertinente sobre el recurso APELACIÓN interpuesto en subsidio del de reposición, por la parte demandante frente al auto adiado en febrero 16 de 2020 proferido por el Juzgado Once Civil Municipal de Manizales, por el cual se rechazó la Demanda Reivindicatoria formulada por la señora ANA LORENA GARCÍA JURADO contra el señor ALEJANDRO GARCÍA JURADO, la cual se radicó con el número 17001-40-03-011-2021-00006-02.

1. LA PROVIDENCIA APELADA

Por auto del 16 de febrero de 2021, el Juzgado Once Civil Municipal de Manizales rechazó la Demanda Reivindicatoria formulada por la señora ANA LORENA GARCÍA JURADO contra la señora ALEJANDRO GARCÍA JURADO, considerando que la parte demandante no cumplió con los requerimientos efectuados en la providencia por la cual se inadmitió la demanda, esto es, no demostró haber agotado el requisito de procedibilidad dispuesto en el artículo 38 de la Ley 640 de 2001 modificado por el artículo 621 CGP, en tanto no fueron procedentes las medidas cautelares solicitadas.

Asimismo, expuso el Aquo que si bien en el escrito de subsanación la parte actora expuso argumentos a fin de sustentar la procedencia de la medida cautelar solicitada, lo cierto es que no se aportaron elementos adicionales a los ya expuestos en la demanda y sobre los cuales ya se realizó un claro pronunciamiento por parte de ese Despacho.

Recapituló que la medida de inscripción de la demanda no resulta procedente para este tipo de procesos, en tanto con esta se busca dar publicidad a terceras personas sobre la existencia del trámite en caso tal que se pretenda enajenar el inmueble, respecto de la cautela de embargo, advirtió su inadmisibilidad, puesto que su decreto no afectan al demandado; negativa que tuvo fundamento en la parte final del inciso primero del artículo 591 de CGP en el que se indica que *“el registrador se abstendrá de inscribir la demanda si el bien no pertenece al demandado”*, y el inciso final del numeral 1 del artículo 593 del CGP. *“Si algún bien no pertenece al afectado, el registrador se abstendrá de inscribir el embargo”*.

Expuso que en lo atinente a la petición del secuestro del bien objeto del proceso, la misma deviene en improcedente para el proceso en conocimiento, pues de haber sido pertinente así se hubiese reglamentado por el legislador, razonamiento que tuvo sustento en contenido del literal a del numeral 1 del artículo 590 CGP, que establece que si la sentencia de primer grado es favorable al demandante, a petición de este, el Juez ordenará el secuestro.

Igualmente indicó que la cautela solicitada es nominada, y no puede entenderse como atípica por pretender dar aplicación en un proceso declarativo para el que no está estipulada. Finalmente consideró que no se dan los presupuestos previstos en el artículo 959 del Código Civil, esto es, no se cumple con el requisito de prueba o la acreditación de existir un verdadero motivo de temer el deterioro del bien, pues lo expuesto resultan ser meras sospechas.

2. DEL RECURSO

Expone la parte recurrente que en el auto por el cual se inadmitió la demanda se limitó a negar la medida cautelar solicitada sin justificación jurídica, pues no indicó el Despacho la razón por la cual no era aplicable la jurisprudencia citada, así como tampoco explicó las razones por las cuales consideró que la solicitud tenía un fundamento hipotético cuando en realidad la petición fue suficientemente fundamentada, tanto fáctica como jurídicamente.

Consideró que la decisión de denegar la medida cautelar de secuestro del inmueble objeto de reivindicación, es desafortunada y vulnera los derechos de la parte actora, pues de conformidad con la jurisprudencia citada tanto en la solicitud inicial como en el escrito de subsanación, la medida innominada puede decretarse luego de efectuarse una interpretación prudente de la finalidad del proceso reivindicatorio.

Refirió que al negarse el decreto de la medida cautelar solicitada, exigir el requisito de procedibilidad y mantenerse en su decisión de rechazar la demanda, está imponiendo al demandante una carga procesal injustificada e innecesaria, y se le está cortando el acceso a la administración efectiva de justicia, máxime cuando se aportó póliza para responder por los perjuicios que con su práctica puedan ocasionarse.

3. ADMISIBILIDAD RECURSO APELACIÓN

3.1. De conformidad con lo previsto en el artículo 321 CGP, son apelables, entre otros, el siguiente auto proferido en primera instancia:, el que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de ellas.

La demanda reivindicatoria analizada versa sobre un bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 100-23742 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Manizales, cuyo avalúo catastral, según factura de predial aportada, asciende a la suma de \$63.195.000.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en los artículos 25 y 26 *ibídem*, se trata de un proceso de menor cuantía, por lo que la providencia por la cual se rechazó la demanda es susceptible del recurso de APELACIÓN.

3.2. El recurso interpuesto sobre el auto por el cual se rechazó la demanda, incluye el que negó su admisión.

3.3. En el Juzgado de instancia no se corrió traslado al recurso, y teniendo en cuenta que no se ha trabado la litis en el presente asunto, no resulta necesaria dicha actuación.

4. CONSIDERACIONES

4.1. El problema jurídico se circunscribe a determinar si le asiste razón a la Juez de primera instancia en cuanto a la exigencia de agotamiento de requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda, bajo el supuesto que pese a haber solicitado el decreto de unas medidas cautelares las mismas resultaron improcedente, y en ese sentido, no se encontraba exenta de cumplir aquella exigencia.

De esta manera, ha de pronunciarse el despacho sobre la decisión del Juez de Instancia de negar el decreto de la cautela solicitada, y de suyo, la exigencia del agotamiento de la conciliación extrajudicial.

4.2. De las medidas cautelares en procesos declarativos

En cuanto al régimen de medidas cautelares en procesos declarativos, el legislador adoptó en Colombia un sistema denominado *mixto*, a saber: un sistema de cautelas típicas: Predeterminadas por el legislador (Literales a y b, num. 1, artículo 590 CGP); y asimismo dio la posibilidad de decretar cautelas atípicas: Aquellas no preestablecidas (Literal c, num. 1, artículo 590 CGP).

Referente a las medidas cautelares innominadas, en la norma en cita, reglamentó lo siguiente:

“ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares

(...)

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.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, 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”.

El doctrinante Dr. Jairo Parra Quijano, definió la medida cautelar innominada o atípica como¹:

“aquella que no está prevista expresamente por el legislador, pero éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte decreta si la “encuentra 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 hubiesen causado o asegurar la efectividad de la pretensión” (letra c) numeral 1 del artículo 590 CGP)”.

Para el presente asunto el legislador no determinó cautelas nominadas o típicas; ahora bien, tal y como se detalló en los antecedentes, las medidas cautelares solicitadas con la demanda son: Inscripción de la demanda, embargo y secuestro, todas sobre el bien inmueble objeto del proceso.

Finalmente, instó decretar cualquier otra medida que el Juez de conocimiento considerara razonable y procedente.

¹ Parra Quijano Jairo, Medidas Cautelares Innominadas

Primeramente, es oportuno mencionar que, contrario a lo expuesto por el Juez de Primera Instancia, se debe efectuar el análisis de procedencia de las medidas solicitadas bajo los lineamientos dispuestos para las medidas innominadas, pues si bien las instadas se encuentran expresamente previstas para otros procesos, no es así para el reivindicatorio, y en este sentido, ha de analizarse la solicitud desde esta óptica.

4.3. El artículo 946 del Código Civil dispone que *la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla*. Así, para que proceda se requiere que el demandante sea propietario de cosa singular, el demandado poseedor, que se trate de cosa singular o cuota determinada de ella, y que exista identidad entre la cosa poseída y la pretendida en la demanda. En el proceso reivindicatorio el demandante tiene que demostrar que tiene mejor derecho que el demandado.

4.3.1. Sobre la medida de inscripción de la demanda en procesos reivindicatorios, La Sala De Casación Civil De La Corte Suprema De Justicia ha ilustrado que:²

“(...) [L]a inscripción de la demanda no tiene asidero en los procesos reivindicatorios, puesto que uno de sus presupuestos axiológicos es que el demandante sea el dueño y de otro lado, lo que busca la medida de cautela es asegurar precisamente que quien adquiera, por disposición del dueño, corra con las consecuencias del fallo que le fuere adverso. (...) En los procesos en los que se ejerce la acción reivindicatoria, sin negar que el demandante debe probar la propiedad sobre el bien cuya reivindicación solicita, esa sola circunstancia no traduce que pueda decretarse la inscripción. Al fin y al cabo, una cosa es que el derecho real principal sea objeto de prueba, y otra bien diferente que como secuela de la pretensión pueda llegar a sufrir alteración la titularidad del derecho (...)” (CSJ STC10609-2016, citada en STC15432-2017).

Con la inscripción de la demanda se busca dar publicidad de la existencia del proceso frente a terceros que quieran adquirir el bien de manos de quien figura

² STC8251-2019 Radicación n.º 76111-22-13-000-2019-00037-01, M.P ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

como titular del mismo para que corra con las consecuencias del fallo. Así, la anterior medida no es viable en el proceso reivindicatorio, en tanto no resulta razonable para la protección del derecho en litigio, prevenir su infracción, o asegurar la efectividad de la pretensión, y en todo caso, no evita que se transfiera la posesión sobre el bien objeto del proceso.

Con todo, teniendo en cuenta que uno de los presupuestos de la acción reivindicatoria es que el demandante sea el dueño del bien -circunstancia que debe ser acreditada- el legislador expresamente determinó que para registrarse esta cautela, debe tratarse de un bien perteneciente al demandado. Textualmente norma el artículo 591 CGP, que el registrador debe abstenerse *de inscribir la demanda si el bien no pertenece al demandado*.

Por lo anterior, encuentra acertada este funcionario la decisión del A Quo de negar la cautela en comento.

4.3.2. En cuanto a la medida de embargo, entendido este como una forma de limitación del dominio que tiene el propietario sobre su bien en tanto lo saca del comercio; encuentra este Despacho que bajo similar óptica por la cual se declaró la improcedencia de la inscripción de la demanda, estuvo bien denegado el embargo, pues, se itera, si la demandante alega ostentar la titularidad sobre el bien objeto del proceso, la cautela solicitada afectaría únicamente su propio derecho, y no serviría para garantizar el cumplimiento de un eventual fallo favorable, ni para evitar un menoscabo, ni para la protección de los derechos alegados.

En el sustento de la solicitud se indicó buscarse garantía del cumplimiento de las pretensiones tercera y cuarta de la demanda que eventualmente se resuelvan en su favor, las cuales versan sobre el pago de cánones de arrendamiento dejados de percibir y los que se sigan causando hasta el momento que se efectúe la entrega del bien. Así, el embargo solicitado no asegura el pago de dichos rubros en caso de ordenarse, pues se itera, lo embargado es el bien cuya titularidad ostenta la demandante según se expuso en el libelo, por lo que la cautela en modo alguno serviría para conseguir del demandado el pago de una eventual condena en su contra.

Finalmente, en el artículo 593-1 CGP se dispuso expresamente que el registrados inscribirá el embargo, únicamente si el bien pertenece al afectado con la medida.

4.3.3. En cuanto a la medida de secuestro, se sustenta la solicitud en la búsqueda de aseguramiento de las pretensiones tercera y cuarta de la demanda que eventualmente se resuelvan en su favor, las cuales versan sobre el pago de cánones de arrendamiento dejados de percibir y los que se sigan causando hasta el momento que se efectúe la entrega del bien.

Asimismo expuso que la finalidad de la medida es *“la entrega del 100% del inmueble que ocupa el demandado pueda ser efectiva al final del proceso obtenido que el poseedor lo restituya evitando las condiciones puedan ser modificadas a la notificación de la demanda por el demandado entregando su tenencia a terceros para estropear las pretensiones del demandante (...).”*. Por lo anterior, insiste, se busca la garantía de las pretensiones del actor, en caso de salir vencedor en el proceso.

De entrada se advierte que la medida de secuestro instada también deviene improcedente, en tanto no se verifican las condiciones dispuestas en el literal c del artículo 590 CGP, así como tampoco los presupuestos de que trata el artículo 959 Código Civil.

En primer lugar, el secuestro del bien no garantizaría el efectivo pago de los cánones que solicita con la demanda, puesto que no se manifestó y de suyo tampoco se demostró que el inmueble cuya posesión se reclama, esté generando a la fecha dinero por tal concepto, como fuera el caso que el demandado hubiera arrendado todo o parte del bien. De esta manera, designar un secuestro no significaría *per se*, que durante el trámite del proceso se reciba dinero alguno por pago de cánones.

Cosa diferente es la condena que eventualmente se pueda imponer al demandado sobre el pago en favor de la demandante de los frutos civiles dejados de percibir por ésta, lo cual se decide al momento de fallarse el asunto, y basado en dicho ordenamiento procederá buscarse el respectivo

pago, a cargo del obligado. Razón jurídica que tiene fundamento en lo previsto en los artículos 768, 769, 961 y 963 del Código Civil, pues el derecho a los frutos civiles está condicionado a la calificación de la buena fe del poseedor, de quien se presume, y solamente probando lo contrario – mala fe, el demandante será acreedor del demandado por el mencionado rubro, calificación que se insiste, única y exclusivamente tiene lugar al momento de proferirse Sentencia.

De otro lado, sobre temor expuesto referente a la entrega de la tenencia que pueda efectuar el demandado a terceras personas, no se expone el justo motivo de tales supuestos, y no se demuestran, ni se evidencian los elementos para concluir, por lo menos en este estado del trámite, que se esté ante la ocurrencia de un daño actual o inminente.

No se puede dejar a un lado que se trata de una cautela innominada cuyos requisitos y objeto son restrictivos y estrictos; y en ese sentido, ante la falta de acreditación de los requisitos legalmente dispuestos para su decreto, no es dable abrir paso a su orden y práctica.

Las medidas cautelares cumplen la función de buscar la efectividad del derecho reclamado, y para su decreto debe analizarse el *fumus bonis iuris* - apariencia de buen derecho-, y el derecho en discusión. En este sentido, para que resulte procedente la cautela debe atenderse a criterios de proporcionalidad, pues en el escenario del proceso declarativo no existe un derecho cierto, y su objeto es declarar la constitución, modificación o la extinción de un derecho, a través de pretensiones meramente declarativas, constitutivas o de condena.

Con todo, según la intensidad de la discusión, será la intensidad de la medida cautelar, y el hecho que con la demanda se alegue la propiedad del bien, no implica necesariamente que las pretensiones serán resueltas favorablemente, pues en todo caso, deben adelantarse todas las etapas del proceso, incluida la probatoria, para contar con los elementos indispensables para adoptar una decisión de fondo. De esta manera, la parte demandante no brindó los elementos de convicción necesarios para evidenciar la razonabilidad de la

medida de secuestro en el presente asunto, y en ese sentido, se considera acertada la negativa de su decreto.

4.4. En cuanto a la oportunidad para solicitar y decretar medidas cautelares, del citado artículo 590 CGP reza que desde la presentación de la demanda el Juez puede decretarlas, a petición de parte; lo anterior implica que el demandante debe indicar cuál es la medida cautelar que solicita, y el Juez por su parte tendrá en cuenta para su decreto la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, y si lo considera pertinente, podrá también regularla.

Frente al tema, el tratadista Hernando Blanco García manifestó lo siguiente:

“En este sentido es relevante acotar que la discreción que tiene el Juez en este punto no es absoluta, puesto que no puede el fallador diseñar a su arbitrio la cautela innominada que se le ocurra, sino que siempre será indispensable petición de parte, es decir, estamos frente a una figura eminentemente rogada, como quiera que de otro modo no puede entenderse la regla inicial prevista en el encabezado del artículo 590 ejúsdem, en donde se empleó la expresión, según la cual, “a petición del demandante el juez podrá” decretar las medidas que se indican en los literales a) b) y c). Cosa distinta es que el actor sugiera una serie de opciones al momento de peticionar la cautela, dado que en ese evento el Juez ahí sí podrá seleccionarla para ser decretada, luego de analizar razonablemente la pertinencia y procedencia de la medida, observando con rigor las pautas que establece la norma aludida³.

De esta manera, y pese a que la parte demandante sugirió en la solicitud diversas cautelas, ninguna de ellas resultó procedente según se determinó en la presente providencia, en concordancia con la decisión bien adoptada por la Juez de Primera instancia. Con todo, la posibilidad de decretar otra medida que resulte procedente se encuentra limitada a la solicitud que de la misma efectúe el extremo activo de la litis, y en ese momento podrá entrar a determinarse si se cumplen los requisitos para decreto.

En sumo, no puede el Juez a su arbitrio decretar medidas cautelares innominadas sin la previa solicitud expresa en tal sentido, presentada con la

³ Comentarios a las Medidas Cautelares en el Código General del Proceso, autor Hernando Blanco García, en obra conjunta: Estudios sobre el Código General del Proceso, Editorial Universidad Nacional de Colombia, año 2014

debida sustentación y justificación, momento en el cual se dispone a efectuar el análisis ya citado.

Por lo anterior, se encuentra bien denegado el decreto de otra medida que el Juez considere pertinente.

4.5. De cara a los argumentos esbozados, se confirmará el auto adiado en febrero 16 de 2021 por el cual el Juzgado Once Civil Municipal de Manizales rechazó la Demanda Reivindicatoria formulada por la señora ANA LORENA GARCÍA JURADO contra la señora ALEJANDRO GARCÍA JURADO, la cual se radicó con el número 17001-40-03-011-2021-00006-02, recurso que comprende el que negó su admisión, por no haberse demostrado el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, de cara a la improcedencia de las medidas cautelares solicitadas.

Finalmente, no se impondrá condena en costas en esta instancia, por cuanto las mismas no se causaron (Artículo 365-8 CGP).

Por las razones expuestas, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto adiado en febrero 16 de 2021 por el cual el Juzgado Once Civil Municipal de Manizales rechazó la Demanda Reivindicatoria formulada por la señora ANA LORENA GARCÍA JURADO contra la señora ALEJANDRO GARCÍA JURADO, la cual se radicó con el número 17001-40-03-011-2021-00006-02, recurso que comprende el que negó su admisión.

SEGUNDO: NO IMPONER CONDENA EN COSTAS en esta instancia por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes y al Juzgado Once Civil Municipal de Manizales.

CUARTO: DEVOLVER las actuaciones al Juzgado Once Civil Municipal de Manizales.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

JUAN FELIPE GIRALDO JIMÉNEZ
JUEZ

JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO MANIZALES – CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> El auto anterior se notifica en el Estado Electrónico No. 098 Manizales, 28 de junio de 2021 Manuela Escudero Chica Secretaria
--