

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
SANTA MARTA

Santa Marta, seis (6) de julio de dos mil veintitrés (2023).

REF: PROCESO VERBAL DE PERTENENCIA SEGUIDO POR JOSÉ FRANCISCO ZÚÑIGA RIASCOS EN CONTRA DE FUNDACIÓN PROAVES DE COLOMBIA S.A.

Rad. No.: 47-001-31-53-002-2021-00042-00

ASUNTO:

Procede el despacho a resolver la solicitud de medida cautelar innominada efectuada por el extremo activo.

FUNDAMENTO DE LA SOLICITUD.

Solicita el memorialista se ordene al demandante a cesar las acciones de perturbación a la posesión y derecho real de dominio en los linderos de FUNDACIÓN PROAVES DE COLOMBIA alegando que se han adelantado actos consistentes, en la remoción y destrucción de cercos, alambrados, avisos, la realización de marcas con pinturas en árboles, entre otros sobre una porción de terreno de su propiedad.

Menciona que formuló querrela policiva ante la Inspección de Policía de Minca a fin de proteger sus derechos y en busca del restablecimiento de la posesión empero el día de la "*diligencia*", el querrellado, quien acá obra como demandante, solicitó aplazamiento y no se ha vuelto a programar la misma.

Refiere que los actos de perturbación acaecieron concomitantemente con la formulación de la demanda de pertenencia por lo que hace un recuento de las actuaciones materializadas que según indica son reiterativos.

Finalmente, precisa que lo acá solicitado, es disímil con las pretensiones de la demanda por lo que estima procedente decretar esta medida.

CONSIDERACIONES:

Atendiendo a que lo que se solicita es una medida cautelar innominada, se hace necesario establecer los fundamentos normativos de dicha figura jurídica al tenor de lo previsto en el Código General del proceso, que en su art. 590, enseña:

"En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, practica, 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:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre la universalidad de bienes.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

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.

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.

(...)” subraya del despacho.

Dentro de esta normativa se plantea entonces taxativamente la medida de inscripción de la demanda en los casos señalados, pero también se contempla la cautela innominada, misma que exige un análisis más profundo del juzgador y que obedece a diferentes objetivos.

Las medidas cautelares innominadas han sido concebidas como aquellas no consagradas expresamente en la norma, pero que resultan razonables para proteger el derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias que pueda originar el trámite procesal, entre otros aspectos, requiriéndose entonces para el decreto de la medida la legitimación o interés para actuar de las partes, la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho, la apariencia de buen derecho, necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

Sobre el particular, el tratadista Ramiro Bejarano Guzmán, a través de su libro "Procesos Declarativos Arbitrales y Ejecutivos" desarrollo el tema de las cautelas innominadas y sobre el particular precisó:

"el Código General del Proceso ha autorizado la posibilidad de que el juez decreta cualquier medida cautelar. Para el decreto de estas cautelas que el juez concibe en cada caso, deben acatarse los siguientes requisitos:

- a) Que se formule petición de parte.
- b) Que el juez la encuentre razonable y eficaz para la protección del derecho objeto de litigio amenazado o vulnerado.
- c) Que la medida impida que se concrete una infracción a ese derecho controvertido o evite las consecuencias derivadas de la misma.
- d) Que se prevengan los daños o hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión
- e) Que el peticionario de la medida innominada este legitimado y tenga interés en el proceso.
- f) Que el juez tenga en cuenta la apariencia de buen derecho del demandante, es decir el *fumus bonis iuris*. Esta expresión ha sido reconocida desde siempre, para significar que el peticionario de una cautela no está obligado a aportar "un derecho cierto, sino un aparente". La apariencia de buen derecho es un juicio preliminar de verosimilitud que hace el juez sobre la probable prosperidad o éxito favorable de la causa o negocio, que por hacerse *prima facie* es muy preliminar y por ello, aunque no implica prejuzgamiento si se erige en un criterio orientador para acceder favorablemente al pedido de que decreta una cautela.
- g) Que el juez considere la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida solicitada. Es decir, de trata de que la medida cumpla su finalidad protectora y preventiva, pero sin resultar arbitraria ni desproporcionada."

Las mismas condiciones fueron esgrimidas mediante el compendio nombrado medidas cautelares en el Código General – Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, por el tratadista Marco Antonio Álvarez quien expreso:

"Para decretar las medidas cautelares a las que se refiere esta norma, es necesario que se cumplan ciertos requisitos, a saber:

- a) Debe solicitarse por el demandante
- b) La medida debe ser razonable, en función de los fines de la cautela, como ya se explicó.
- c) El juez debe apreciar la legitimación o interés para actuar de las partes
- d) Es imprescindible analizarla existencia de la amenaza o la vulneración del derecho
- e) Se debe analizar la apariencia de buen derecho
- f) La medida cautelar debe ser necesaria, efectiva y proporcional. "

Atendiendo lo dicho, resulta importante establecer si lo pedido se adecua a las condiciones que señala la norma en cita.

La primera de las exigencias se centra en que el pedimento provenga de la parte, requerimiento satisfecho en este caso, ya que quien solicita la medida es la accionada, sin embargo, al revisar los demás postulados normativos, para el despacho no es muy claro su cumplimiento.

En cuanto a la legitimación de la actora, la libelista arguye que en la actualidad resulta ser la poseedora del predio indicado en la cautela, calidad que en esta instancia del trámite no se encuentra totalmente acreditada, atendiendo que de las pruebas hasta aquí recaudadas no es posible reconocerla como tal, lo que no quiere decir que, con posterioridad, y una vez surtida la totalidad de la actuación procesal se pueda llegar a dicha conclusión, pero, se itera, en este estadio procesal no sería procedente proteger dicha calidad sin tener certeza que la misma recae sobre la actora, en menoscabo, además, de quienes están siendo convocados al proceso.

El argumento anterior también se acompasa con el concepto de apariencia de buen derecho, debido a que este va encaminado a exigir al juzgador la realización de un juicio preliminar de la prosperidad de las pretensiones, mismas que, para el caso concreto y en esta etapa procesal no resulta, ni siquiera aparente.

Por otra parte, tal y como lo manifiesta el solicitante en su escrito, se evidencia que, se adelanta proceso Policivo a través de la Inspección de Policía de Minca quien conoce el amparo por perturbación a la posesión invocado, así pues, debe atender a lo que resuelva la autoridad competente, una injerencia indebida del despacho en tal asunto, resulta en una usurpación de funciones jurisdiccionales que el legislador radico en los Inspectores de Policía para estos casos.

Adicional a lo antes tratado, no se puede perder de vista que la medida cautelar innominada requerida guarda identidad con las pretensiones de la demanda, lo que haría necesario atender de fondo este asunto, lo que resultaría prematuro, pues no se han agotado las etapas previas del proceso, a más que se debería acometer un estudio exhaustivo de los medios de prueba que en el transcurso del trámite y en la etapa pertinente se puedan allegar y que ha de realizarse en la sentencia.

De lo dicho se concluye que no se accederá a la cautela solicitada y en razón a lo considerado, se

RESUELVE

NEGAR la medida cautelar innominada solicitada por el extremo pasivo, dentro del proceso de pertenencia seguido por **JOSÉ FRANCISCO ZÚÑIGA RIASCOS** en contra de **FUNDACIÓN PROAVES DE COLOMBIA S.A.**, en atención a lo señalado en las consideraciones de este proveído.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.



MARIELA DIAZGRANADOS VISBAL
JUEZA

Sao

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA
Por estado No. de esta fecha se notificó el auto anterior.
Santa Marta, 7 de julio de 2023.
Secretaria, _____.