

CONSTANCIA: 20-10-2021. Informo al señor Juez, que la parte demandante presenta escrito el cual pretende subsanar.



MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria -2



JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL
Manizales, Caldas, veinte (20) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

INTERLOCUTORIO: 2874

RADICADO: 17-001-40-03-002-2021-00450-00

PROCESO: PROCESO MONITORIO

DEMANDANTE: MARÍA YICEL LÓPEZ GIRALDO

DEMANDADA: JHON JAIRO HENAO MEJIA

Correspondió a este Despacho la anterior demanda incoada por MARÍA YICEL LÓPEZ GIRALDO en contra de JHON JAIRO HENAO MEJIA.

Mediante auto del 05-10-2021 se inadmitió la demanda, para lo cual se indicó:

Las medidas cautelares que se solicitaron hacen parte de los procesos ejecutivos, y el presente proceso al ser un proceso monitorio estas no aplicarían, deberá corregir y solicitar las medidas cautelares, si es del caso, las que corresponden a los procesos verbales declarativos, las cuales se encuentran en el artículo 590 del C.G.P.

Para lo anterior se inadmite la demanda y se le concede a la parte interesada, el término de cinco (5) días hábiles para que subsane el defecto anotado, con la advertencia que de no hacerlo, se rechazará la demanda ordenando la devolución de los anexos.

En escrito de subsanación, la parte demandante indicó:

"(...)Razón por la cual, las medidas cautelares solicitadas dentro del presente proceso fueron invocadas bajo el numeral c del artículo 590 del Código General del Proceso, pues si bien las mismas son propias de los procesos ejecutivos, nada obsta para que el Juez las decrete como medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos si las encuentra razonables. Y ello es así porque dicho literal permite, de manera general, el decreto de cualquier medida que el juez encuentre razonable, por lo que no solo tienen cabida las llamadas "medidas cautelares innominadas", sino también las que la propia ley ha previsto y regulado, así estás no versen sobre los temas que, en principio, tienen cabida. Ahora bien, para que se decreten las medidas cautelares solicitadas deben cumplirse los siguientes requisitos: A. Debe solicitarse por la demandante – Requisito que se cumple en este caso, pues desde la presentación de la demandada fueron solicitadas por la

demandante . B. La medida debe ser razonable – Las medidas cautelares solicitadas son razonables por la necesidad de proteger el derecho objeto de litigio e impedir la infracción del derecho, pues como lo manifesté desde la presentación de la demanda son múltiples las veces en que se ha solicitado al señor Jhon Jairo el pago del dinero adeudado, a lo cual nunca ha procedido. Asimismo, con las facultades otorgadas al Juez puede determinar su duración y alcance. C. Adicionalmente existe una apariencia de buen derecho por los hechos en los que se fundamenta la demanda y las pruebas aportadas al dossier teniendo en cuenta la naturaleza y los fines del proceso monitorio. Como se indicó en el escrito de solicitud de medidas cautelares, tengo interés en el presente proceso a fin de recuperar el dinero con el que de buena fe le presté al demandado y por lo tanto las medidas cautelares solicitadas son necesarias, efectivas y proporcionales. De esta forma espero que se acoja de forma favorable la solicitud de medidas cautelares y se entienda subsanada en términos y en debida forma la demanda.

CONSIDERACIONES

Frente a las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante, y en las cuales insistió en ellas, se hace necesario, traer in extenso, lo que enseña el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, (*Magistrado Ponente: José Alfonso Isaza Dávila, Radicación:110013103001-2014-00139, del 19-03-2015*), para que se tenga claridad frente a la improcedencia de las mismas, al igual la no procedencia de las innominadas que solicita, veamos:

“1. El problema jurídico que ocupa esta decisión estriba en determinar si era pertinente el decreto del embargo de la quinta parte del salario que el demandado Germán Enrique Rojas Duarte en la Clínica Salud y Estética Ltda. y de las acciones que el mismo tiene en la Academia Colombiana de Cirugía Estética, en aplicación de las medidas permitidas de manera especial por el artículo 590, numeral, 1, ordinal c), del Código General del Proceso, precepto que se encuentra vigente desde el 1 de octubre de 2012, a diferencia de la mayoría de las normas de ese nuevo estatuto (art. 627-4 del CGP).

La respuesta a esa cuestión central es que no proceden la referidas medidas y, por consiguiente, la providencia cuestionada debe ser revocada, pues el embargo está sometido a una especial regulación en materia de procesos declarativos que, por regla especial, lo restringe para una oportunidad procesal posterior, cual es la expedición de la sentencia de primera instancia favorable al demandante, y no parece viable en forma indiscriminada desde un comienzo (*ab initio*) su adopción por vía de las denominadas medidas cautelares discrecionales o innominadas, consagradas en el referido precepto 590-1, ordinal c); además de que, si se aceptara la procedibilidad de esa medida, en el caso concreto no están presentes todos los requisitos para tal efecto.

2. Reitérase que, como está decantado por el derecho procesal, las medidas cautelares son una forma de tutela jurídica de carácter instrumental y preventiva que el legislador autoriza para ciertos casos, bien sea por fuera del proceso, o ya en su inicio o en curso del mismo, cuando quien las solicita muestra unas precisas circunstancias, como la apariencia de buen derecho cuya protección se busca (*fumus boni iuris*) y el peligro de daño por la demora del proceso o de los mecanismos normales de protección (*periculum in mora*). De manera que las

cautelares son herramientas para garantizar un estado de hecho o de derecho, o el eventual resultado favorable de un proceso judicial.

Además de lo anterior, aceptan jurisprudencia y doctrina la tendencia taxativa o específica de las medidas cautelares, regla conforme a la cual la ley tan sólo las permite en los procesos que ella misma delimite, y bajo determinadas formas, esto es, señaladas de manera típica, no obstante que por la evolución sobre el punto en los últimos tiempos, se han autorizado en un número cada vez mayor de casos, y con cierta amplitud respecto a la clase de medidas procedentes. Con todo, el carácter de especificidad aún reinante, impide su manejo en forma generalizada, o de total libertad para su adopción en los casos concretos. Debe haber una ponderación razonable para armonizar dos extremos conceptuales: por un lado, la necesidad de protección de quien pide las medidas cautelares, y por otro, el derecho de su contraparte a no ser interferido en su persona o su patrimonio con medidas de cualquier calaña y en cualquier proceso o actuación.

3. Desde la perspectiva lógico-jurídica sobre el tema, cumple apuntar que el numeral 1, literal b), del artículo 590 del Código General del Proceso, al discernir sobre las medidas cautelares en procesos declarativos estableció, entre varias, que es procedente ordenar 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"* (inciso primero); y agregó allí mismo que cuando hay sentencia de primera instancia favorable al demandante, éste podrá pedir *"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"* (inciso segundo).

Resáltase también que el embargo en el sistema procesal civil, con el CPC y el CGP, no es una posibilidad abierta a todo tipo de contiendas sino reservada a ciertos asuntos, según puede deducirse de los específicos mandatos consignados en varias normas de ambos estatutos, como las relativas a procesos ejecutivos u otras particulares, *verbi gratia*, algunos declarativos de familia.

4. Dentro de ese marco, ciertamente el precepto 590-1, literal c), numeral 1, artículo 590 del Código General del Proceso determinó que el juez podrá decretar *"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"* (inciso primero); permisión que se estableció con el propósito de suministrar al demandante provisto de una apariencia de buen derecho herramientas cautelares para impedir el quebranto del derecho objeto del litigio, o asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, en determinados eventos y bajo ciertos requisitos que exigen una especial ponderación por parte del juez, pero no para autorizar una facultad general e ilimitada de decretar cualquier cautela sobre el patrimonio del demandado; ni mucho menos para permitir que por su vía se logre una medida típica que no está prevista para los procesos declarativos, *verbi gratia*, el embargo de cualquier bien del demandado, porque si así fuera lo habría previsto de manera simple el legislador.

Aceptar lo contrario otorgaría al juzgador un poder casi omnímodo sobre el patrimonio del demandado, el cual correría el riesgo de verse afectado por el simple hecho de ser convocado a juicio, al punto de quedar completamente sometido al

vaivén de las valoraciones que el funcionario judicial pudiere emitir sobre el interés de su adversario, generando así potenciales riesgos al ejercicio de sus libertades de dicha parte y un factor de perturbación en la dinámica de las negociaciones que pudiere desarrollar sobre los bienes.

Más aún, en los eventos en que en la medida cautelar innominada es procedente, el legislador establece un sistema de contrapesos para conducir el criterio del juzgador por senderos medidos para ejercitar dicha prerrogativa, al contemplar en el inciso tercero del artículo tercero que el juez debe tener "*en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad, proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada*", respecto de la cual "*establecerá su alcance, contenido, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada*".

En compendio, para la procedencia de estas medidas se necesitan estos requisitos: a) que se trate de "*otra medida*", esto es, distinta de la consagradas en el mismo artículo para procesos declarativos; b) la medida debe considerarse razonable por el juez para proteger el derecho objeto del litigio, o impedir que se infrinja o evitar las consecuencias de esa infracción, o prevenir daños o hacer cesar los ya causados, o asegurar la efectividad de la pretensión; c) debe apreciarse por el juez la legitimación o interés de ambas partes para actuar; d) tiene que haber una real amenaza o vulneración del derecho; e) apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), esto es, tiene que haber una base probatoria suficiente para considerar que el demandante tiene una alta probabilidad de razón y de ganar el pleito; f) el juez debe evaluar la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida solicitada, o que él considere viable, porque dentro del espectro normativo, puede decretar una menos gravosa o distinta de la solicitada.

Además, el juez debe establecer el alcance de la medida, así como su duración, y puede disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cesación de la medida que haya ordenado.

5. Al amparo de las anteriores premisas, dérivase que no se muestra apropiado de momento el embargo de los salarios y de las acciones que pudieren corresponder al demandado en sociedades, por no ser una cautela permitida para procesos declarativos de responsabilidad civil, visto que el legislador consagró otro tipo de medida para controversias de esa estirpe, cual es la inscripción de la demanda en bienes sujetos a registro de propiedad del demandado.

Y tampoco puede aceptarse la adopción de la medida de embargo por vía de las medidas cautelares innominadas en procesos declarativos, por varias razones. Una, acaso la que tradicionalmente ha acogido la legislación para restringir las medidas cautelares en tales procesos, es la relativa a la falta de certeza del derecho reclamado en estos, que precisamente por eso no debe impedir la movilidad jurídica de los bienes del demandado con una medida tan fuerte como el embargo.

Otra razón es que esas medidas del nuevo código para procesos declarativos, conocidas como innominadas, atípicas o discrecionales, en línea de principio, no deben ser medidas las típicas o nominadas, sino medidas de otra clase, para eventualidades en que las expresamente autorizadas en esa categoría de procesos, no ofrezcan suficiente protección del derecho, o no sean aptas para evitar su infracción, para prevenir daños o garantía de efectividad, menguas que desde

luego deben darse en relación con la naturaleza especial de las controversias, *verbi gratia*, asuntos relativos a violación de derechos de autor o de propiedad industrial, de protección al consumidor, al ambiente u otros similares, eventos que por su especial caracterización no siempre encuentran remedio en contraprestaciones posteriores de contenido económico, y que por eso a veces reclaman de manera preventiva medidas creativas, construidas por el juez a partir de la solicitud respectiva. Esas medidas pueden consistir, por ejemplo, sin plantear una lista restrictiva, en prohibiciones para continuar unas conductas o acciones que afecten los derechos del solicitante; órdenes para que se ejecuten acciones concretas, como cirugías o tratamientos encaminados a restablecer o mejorar las condiciones de salud de una persona mientras dura el proceso¹, o para acciones de conservación o preservación de recursos ambientales, de bienes muebles o inmuebles (pintura, retoques, arreglos, etc.), comiso o aprehensión de bienes, inmovilidad jurídica de derechos inmateriales, que en todo caso sean tendientes a evitar situaciones irreversibles o irremediables de los derechos y bienes objeto de la controversia.

Y aunque no sería lógico descartar para esos eventos medidas de embargo y secuestro, también parecería razonable entender que las mismas deben ser mucho más restringidas, primero, porque entonces no tendrían el denominado carácter innominado o atípico; y segundo, por cuanto no luce razonable que so pretexto de estas medidas permitidas de forma excepcional, pueda abrirse la puerta para que en los procesos declarativos sean viables todas las medidas cautelares que el legislador no previó, con la sola excusa de que la controversia no versa sobre derechos reales, o que se desconoce si el demandado tiene bienes sujetos a registro.

6. Es quizás tal perspectiva la tomada en cuenta por el código en la consagración de esas medidas, al anotar desde el umbral que será "*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...*"; como también más adelante al prever en renglones posteriores del literal c) que el juez debe establecer la proporcionalidad, alcance, duración, e inclusive de oficio disponer la modificación, sustitución o cese de tales medidas; y que cuando sean medidas relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado puede oponerse mediante caución que garantice "*el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo*".

Y no sobra agregar que la norma en comentario tiene cierto grado de indeterminación en cuanto a los asuntos en que pueden operar las medidas innominadas o atípicas, e inclusive, cual se ve en el anterior párrafo, se refiere a las medidas en tratándose de *pretensiones pecuniarias o económicas*, pero tal concepción no puede entenderse de forma libre o ilímite, porque el sentido del precepto es la protección por medio de "*cualquiera otra medida*" pedida y bajo determinadas exigencias que la restringen, en consonancia con la noción en cuanto que, a pesar del amplio espectro de medidas que pueden decretarse en el derecho moderno, no puede echarse al olvido que de todas maneras las mismas deben

¹ Sobre este punto el profesor Jairo Parra Quijano cita el caso decidido por los tribunales argentinos, sobre colocación de una prótesis para sustitución del antebrazo izquierdo de un afectado; Conferencia *Medidas Cautelares Innominadas*; en la compilación del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014, págs. 331 y ss.

interpretarse con sumo cuidado, tanto más que pueden afectar derechos o libertades de los sujetos en controversia.

Es que la percepción aquí analizada sobre la especial y restringida tipología de esas medidas llamadas comúnmente innominadas, luce apropiada desde una sana crítica, tanto más de considerar que si lo querido por el legislador hubiera sido la aplicación generalizada del embargo para procesos declarativos, incluyendo los de perjuicios derivados de responsabilidad civil contractual o extracontractual, para garantizar los resultados meramente económicos del litigio, así lo había dispuesto sin rodeos, en lugar de consagrar para estos tan sólo la inscripción de la demanda.

7. Pero además, la improcedencia de las medidas discrecionales en este caso concreto también se deduce porque no se colige que en esta etapa procesal sea permitido el decreto del embargo, pues las pretensiones y los hechos expuestos para fundamentarlos no tienen una hipótesis fuerte de certeza que permita, sin algunas discusiones, una clara apariencia de buen derecho”.

De otro lado, se infiere que la parte demandante pretende la solicitud de medidas cautelares, con el fin de no agotar la conciliación prejudicial como requisito para presentar ésta demanda, al respecto se tiene que el Honorable Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil-Familia, (*Magistrado Ponente: Edder Jimmy Sánchez Calambás, Radicación: Expediente: 66001-31-03-004-2016-00207-01, del 06-12-2016*), dijo:

3. En principio, ha de decirse que el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 prescribe: “En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contenciosa administrativa, laboral y de familia...”

4. El litigio puesto a consideración del Juzgado Cuarto Civil del Circuito (responsabilidad civil contractual) es de los que contempla el citado artículo, por lo cual era requisito para que la actora pudiese acudir a la jurisdicción civil, acreditar la conciliación previa que ordena tal normativa.

5. Es evidente que, como lo acreditan los documentos que obran en el expediente, a la presentación de la demanda no se cumplió dicha exigencia, a pesar de no haberse solicitado medidas cautelares, por lo cual la a quo resolvió inadmitirla; concedió 5 días a la parte demandante para que la subsanara.

6. Ante tal requerimiento, el asesor judicial de la demandante, manifiesta al juzgado que por error involuntario “se obvió incluir una petición para dar cumplimiento a tal requisito”, por lo que solicita al despacho, de conformidad con los artículos 590 y 591 del CGP, se decrete la cautela de inscripción de la demanda en la matrícula mercantil No. 180716 de la Cámara de Comercio de Aburrá Sur, “obviando así el Requisito de Procedibilidad para acudir ante este estrado judicial.” (fls. 20-21 íd).

7. Claramente se observa que lo que pretende el citado profesional del derecho es obviar, como él mismo lo dice, el requisito de procedibilidad para acudir a la vía judicial, circunstancia que no puede acolitar este estrado judicial. En situaciones semejantes la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: “Ha de verse, además, que avalar una interpretación como la que sugiere el inconforme, daría al traste no sólo con la regulación prevista para las medidas cautelares en procesos declarativos (pues, serían inocuos los literales a y b del art. 590 del C. G. del P.

C., si se permitiera, indiscriminadamente, el decreto de embargos y secuestros desde la admisión de la demanda en procesos declarativos), sino también con la ostensible intención del legislador de promover la utilización de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos (ya que le bastaría a todo demandante con solicitar cualquier clase de medida cautelar, por más ostensible que sea su improcedencia, para evitar el agotamiento de la conciliación prejudicial” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA CASACION CIVIL, sentencia STC11653-2015, del 2 de septiembre de 2015, M.P. Ariel Salazar Ramírez).

Por lo expuesto anteriormente, es claro, que no procede las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante, y que no se puede solicitar indiscriminadamente cualquier cautela, con el fin de no agotar la conciliación prejudicial, pues, siendo éste un proceso declarativo-monitorio, solo proceden las del literal a y b del art. 590 del CGP, y el embargo de dineros o de muebles y enceres, procedería, según el caso, si existiese sentencia favorable de primera instancia, situación que no ocurre.

Siendo entonces inviables las medidas cautelares solicitadas, corresponde a la parte demandante acreditar el agotamiento de «la conciliación extrajudicial, requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 621 de la ley 1564 del 2012 modificadorio del artículo 38 de la Ley 640 de 2001, por lo que se inadmitirá nuevamente, con el fin de que allegue la constancia de haber agotado la conciliación como requisito de procedibilidad.

Para lo anterior se inadmite la demanda y se le concede a la parte interesada, el término de cinco (5) días hábiles para que subsane el defecto anotado, esto es, allegar la constancia de haber agotado la conciliación como requisito de procedibilidad, con la advertencia que de no hacerlo, se rechazará la demanda ordenando la devolución de los anexos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ GIRALDO

JUEZ

NOTIFICACION POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el Estado del 21-10-2021
Marcela Patricia León Herrera-Secretaria