SECRETARÍA: A su despacho señor Juez, proceso de referencia, informando que el día 01 de febrero de 2023, ingresa memorial de parte del demandante dentro del proceso, interponiendo recurso de reposición en subsidio apelación contra el auto del 26 de enero de 2023 notificado en estado del dia 27 del mismo mes y año, es decir presentado en tiempo. Sírvase proveer.

San Onofre, Sucre, veintidós (22) de marzo de 2023

LILIBET OROZCO AGUAS
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE SAN ONOFRE – SUCRE

San Onofre – Sucre, marzo veintidós (22) de dos mil veintitrés (2023)

REFERENCIA: REIVINDICATORIO
RADICACION: 707134089001-2022-00142-00
DEMANDANTE: ALICIA MARGARITA RHENALS BARCENAS
DEMANDADOS: EFREN CASTAÑEDA ARANGO

FINALIDAD DEL AUTO

Decidir sobre el recurso de reposición contra el auto de fecha 26 de enero de 2023 por medio del cual el despacho ordena rechazar la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

“ (…)

3. Pues bien, la motivación expuesta por el Despacho para denegar la medida cautelar deprecada no es conforme a derecho, dado que no existe una prohibición para solicitar la medida cautelar de instalación de una valla en un proceso declarativo distinto al de pertenencia, como lo es el que nos concita, proceso reivindicatorio.

4. En otras palabras, el hecho de que, en el proceso de pertenencia, por ejemplo, exista una medida cautelar innominada de instalación de una valla no implica que tal medida cautelar no pueda ser solicitada en otro proceso declarativo, pues no existe una norma que consagre tal prohibición en el proceso declarativo reivindicatorio.

5. De igual manera, de acuerdo con el artículo 590 del CGP en los procesos declarativos es posible que el demandante solicite, además de la medida cautelar de inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de bienes cuando la demanda verse

sobre el dominio u otro derecho real principal, cualquier otra medida cautelar distinta a las nominadas o típicas establecidas en ese estatuto procesal (literal c).

6. En el CGP las medidas cautelares nominadas o típicas están diferenciadas para los procesos de familia, declarativos y ejecutivos en su libro cuarto, a las cuales el legislador les dio una denominación o nomenclatura y previó los casos en que específicamente proceden. “d. Medidas cautelares nominadas o típicas: Son las medidas que el legislador directamente prevé y regula, como el embargo, el secuestro y la inscripción de la demanda. Con apego al principio de legalidad, en esta clase de medidas la ley no sólo les otorga una determinada nomenclatura, sino que precisa la manera de consumarlas y los casos en que proceden.” 1 (Subraya y negrilla fuera de texto)

7. De acuerdo con lo anterior, las medidas cautelares que no tienen nomenclatura y no tienen precisados los casos específicos en que proceden, y que pueden ser ideadas por el demandante o el juez para el caso en particular son medidas cautelares innominadas, las que son procedentes en los procesos declarativos según el literal c del artículo 590 del CGP.

8. En ese sentido, la medida cautelar de instalación de una valla es una medida cautelar innominada que de acuerdo con el literal c del artículo 590 del CGP es procedente en cualquier proceso declarativo, como el que aquí cursa.

9. Y es que el simple hecho de que en el proceso de pertenencia del artículo 375 del CGP esté prevista la instalación de una valla como medida cautelar, en absoluto implica que se trate de una medida cautelar nominada que esté restringida en los demás procesos declarativos.

10. ¿O es que acaso por el sólo hecho de que, en el proceso de impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios (Artículo 382 del CGP), se haya consagrado la medida cautelar de suspensión provisional del acto, se hace imposible jurídicamente solicitar a modo de medida cautelar innominada la suspensión de un acto jurídico en cualquier otro proceso declarativo?

La respuesta a este interrogante es obvia: ¡NO!!! Por más de que en ese proceso esté prevista la suspensión provisional del acto, no quiere ello decir que en ningún otro proceso pueda solicitarse la suspensión de actos jurídicos.

11. De otro lado, habiéndose establecido la viabilidad jurídica de decretarse la cautela de instalación de una valla en el presente proceso como atípica, valga referirse al cumplimiento de los requisitos previstos en el literal c) del artículo 590 del CGP para su procedencia, en aras de que el Despacho los verifique y pueda determinar su decisión.

12. El literal c) del artículo 590 del CGP es del siguiente tenor:

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. (…)

13. A continuación, se analizan uno a uno los requisitos que deben observarse para decretar la medida cautelar innominada solicitada:

13.1. Legitimación de las partes: Al sentir del profesor Forero Silva, el juez "Debe examinar si la persona que reclama la pretensión es a quien efecto le pertenece, pues no es suficiente que exista el derecho, sino que quien lo reclama es en realidad el sujeto a quien le corresponde, es decir, que el actor sea el titular del derecho subjetivo que se invoca en la demanda. Además, ha de analizar quien deba responder por ella." invocado, tal como consta en el certificado de tradición y libertad aportado con la demanda.

- De acuerdo con lo anterior, es claro que mi representada está legitimada para pedir la medida cautelar pues es la titular del derecho de dominio invocado, tal como consta en el certificado de tradición y libertad aportado con la demanda.

13.2. Interés para actuar y existencia de la amenaza o la vulneración de un derecho: "La causa petendi que se refleja en la demanda debe ser seria, ostensible, pues de los hechos alegados se intuye la amenaza o vulneración del derecho. No basta la simple eventualidad o especulación, puesto que el interés pierde seriedad y por lo mismo no se asoma un derecho plausible."

- Salta de bulto que los hechos de la demanda presentada por mi representada evidencian una vulneración o amenaza de un derecho, cual es el derecho de propiedad de que es titular mi representada sobre el predio objeto de reivindicación, que se ve afectado por la presencia de un sujeto ejerciendo actos de posesión o con la posibilidad de que ingresen más personas al predio con las mismas intensiones.

13.3. Necesidad y efectividad de la medida: "La necesidad de adoptar la medida, así como la efectividad de la que le 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 decretara una medida consonante con lo pretendido, y que impida la transgresión del derecho amenazado."

- Es claro que la medida precautoria deprecada por mi representada es útil y efectiva para que los efectos de la sentencia no se hagan nugatorios, así como para que su derecho de propiedad no sea vulnerado, en tanto que con la instalación de la valla se logra alertar a la comunidad de la existencia de un proceso iniciado por el propietario del predio para recuperar la propiedad y con ello, los terceros interesados (en el supuesto evento que existan) puedan vincularse al proceso y en el caso de una sentencia favorable, la misma pueda ser oponible.

- Adicionalmente también cumple una función de publicidad para evitar que evitar que

personas incautas sigan ingresando con la intención de poseer partes del predio con la creencia de que están comprándolo legalmente por medio de documentos privados, como en efecto se ha presentado en nuestro medio con mucha frecuencia.

Con ello, se logra proteger no sólo los derechos de mi representada, sino también, por obvias razones, los derechos de terceros, pues esas personas por medio de la valla que se pretende instalar pueden tener conocimiento de que el predio es objeto de un litigio y de que existe una persona que reclama poder ejercer la posesión sobre su propiedad. Tal cometido no siempre se logra por medio de la inscripción de la demanda por cuanto en el presente caso la mayoría de los supuestos compradores de las porciones del predio pueden llegar ignoran el sistema registral y de tradición de inmuebles en Colombia.

13.4. Proporcionalidad de la medida: “Según lo pedido y cuantificado en la demanda, debe ser razonable, acompasada con el monto de la pretensión para que no resulte exagerada. El juez debe ponderarla decretando aquella cautela que se ajuste el caso concreto, sin olvidar que el demandado no ha sido condenado, y que a la vez sirva para materializar la pretensión en caso de que llegare a ser vencido.”

- La medida cautelar no es exagerada, pues se restringe única y exclusivamente a proteger el cumplimiento de la sentencia, pero no refleja una condena anticipada o prejuzgamiento en absoluto, pues la valla solamente pone en conocimiento la existencia del presente litigio, el cual tendrá unas resultas que no solamente interesan a mi representada y al demandado, sino también a terceros que puedan llegar a estar interesados en ocupar el predio y que se enteren por la efectividad de la medida.

13.5. Alcance y duración de la medida: “Que se trate de una medida que garantice la efectividad del derecho reclamado y permanezca mientras se encuentre afectado el derecho que se quiere tutelar.”

- La medida cautelar deberá permanecer hasta el momento en que se lleve a cabo la diligencia de restitución de inmueble, en caso de sentencia favorable, o cuando se dicte sentencia desfavorable, si es del caso.

14. Probado el cumplimiento de los anteriores requisitos en el caso en concreto, el juez podrá determinar que en efecto se cumplen los criterios de apariencia de buen derecho (fomus boni iuris) y el perjuicio de la mora (periculum in mora), los cuales evidentemente se evidencian en la cautela solicitada, como quiera que es clara la seriedad y sustentabilidad de la solicitud, así como la amenaza del daño por el peligro de la demora en la sustanciación del proceso.

15. En adición a lo anterior, nótese su señoría que el fundamento de la medida cautelar formulada también es de carácter constitucional, por cuanto con la instalación de esa valla no sólo se revela como una protección del interés particular o privado que le asiste a mi representada como titular del derecho de dominio del predio objeto de reivindicación, sino también como una garantía del interés general, que como Estado Social de Derecho que es la República de Colombia, debe ser amparado no sólo por la autoridades administrativas, sino también por las judiciales en cualquier jurisdicción o especialidad.

16. El interés general que se involucra en el presente asunto y que se pretende proteger

con la medida cautelar solicitada, amplía sus efectos y también se concreta en los derechos de otras personas que puedan llegar a estar interesadas en ingresar a poseer partes del predio, y que para el efecto paguen sumas de dinero, que a la postre perderán; personas que, en general, en el caso en concreto son de extracción humilde y pudieran verse sumamente afectados frente a tal eventualidad.

De esta manera, otras personas que estén interesadas en poseer partes del predio, por lo general de escasos recursos, de no conocer la existencia de un litigio que tiene como propósito que su propietario recupere la posesión, pueden incurrir en costos o pagos de sumas de dinero a cambio de un predio que tendrán que devolver a su verdadero propietario.

Así, con la cautela pedida se pretende evitar un problema de carácter social de mayores dimensiones, donde personas de la región en la que prevalece en gran medida costumbres de compras de predios por documento privado y transfiriendo solo la posesión podrían resultar afectados con las eventuales decisiones del proceso.
Es de resaltar en igual sentido que específicamente el juez como ese representante del estado social de derecho e impartidor de justicia debe reconocer las características sociales y económicas de la región donde imparte justica, toda vez que no será lo mismo impartir justicia en el centro del país en una ciudad como pudiera ser Bogotá o Medellín y respecto de un predio urbano que en un predio rural del municipio de San Onofre teniendo en cuenta sus características socioeconómicas y culturales arraigadas, donde prevalecen aun costumbres que han acentuado prácticas de tenencias y posesiones de la tierra de formas tradicionales, donde cobra suma importancia y vigencia la medida solicitada.

Pues de continuar el ingreso de personas al predio para ejercer posesión sobre el mismo, no solo se dificultará en mayor medida su restitución material, sino que, por la inadvertencia del sentido de la medida, se terminara afectando a terceros de buena fé que de acuerdo a la idiosincrasia de la zona terminaren de una u otra forma con interés en el inmueble o parte de el.

Lo anterior cobra mayor relevancia al conocer la situación de violencia que padeció la zona en la que está ubicado el predio objeto del litigio y por ende los habitantes de la región, tal cual es mi patrocinada quien en calidad de víctima de la violencia que padeció y por tanto sujeto de especial protección constitucional hace parte de quienes que fueron precisamente restituidos con el bien inmueble ahora en litigio.

17. Por último, adviértase que la inscripción de la demanda, aunque es una medida cautelar relevante y útil, por cuanto los efectos de publicidad frente a terceros que produce protegen tanto las pretensiones como el cumplimiento de la sentencia, puede resultar insuficiente cuando se trata de personas que desconocen el sistema registral que nos rige, tal cual pude ser el caso como ya se ha indicado suficientemente.

18. Así las cosas, solicito al señor Juez que se sirva revocar el numeral 1º del auto de 26 de enero del 2023, y, en su lugar, decrete las medidas cautelares de instalación de la valla en los términos que fue solicitada en la demanda y los demás.

19. En caso de que el Despacho confirme su decisión, comedidamente solicito se me conceda el recurso de apelación en el efecto devolutivo.”

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

En el memorial que repone, el apoderado demandante solicita se revoque el auto adiado de 26 de enero de 2023, por el cual el despacho no acepto los argumentos con los cuales se subsano la demanda y en consecuencia el rechazo de la demanda de la referencia.

Ante lo esbozado por el recurrente, el despacho procede a realizar revisión de la normatividad respectiva, de la siguiente manera.
Las medidas cautelares innominadas han sido definidas por el legislador[1] como aquellas no consagradas expresamente en la norma, pero que se encuentran razonables para la proteger el derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las posibles consecuencias que llegaren a causar en razón del trámite procesal, entre otros.

Para decretar esta clase de medidas el juez apreciará 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.

El Dr. Marco Antonio Álvarez en el módulo Las Medidas Cautelares en el Código General, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla del Proceso se pronunció sobre estas así:

"Obsérvese que el legislador, al consagrar esta opción cautelar, no se refirió solamente a las apellidadas medidas cautelares innominadas, de diseño judicial o ideadas por el propio juzgador, sino que permitió, de manera general, el decreto de cualquier medida que el juez encuentre razonable, por lo que no solo tienen cabida las cautelas de invención judicial sino también las que la propia ley ha previsto y regulado. Por consiguiente, al amparo de esa disposición bien pueden los jueces, si la pretensión es plausible, disponer para el caso concreto una medida como el "pago provisorio", pero también un embargo, o un secuestro, o una inscripción de demanda, así ésta no verse sobre los temas en los que, en principio, tiene cabida una de esas medidas. Por eso, se insiste, el legislador utilizó la frase "cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable". (...)

Ahora bien, 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 analizar la 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…"

Mismos postulados que fueron recogidos por el artículo 590 literal c del C.G.P., y que se pasarán a realizar su análisis.

ahora bien, de cara a los anteriores presupuestos el despacho analizará los mismos, con el fin de establecer si se revoca o no la decisión inicialmente adoptada.
En cuanto al primero ellos "Debe solicitarse por el demandante" indudablemente se cuenta

[1] 1 Art. 590 del Código General del Proceso

con elementos de prueba como escritura pública No. 538 del 5 de marzo de 2003 de la Notaría 3 del Círculo de Cartagena, Bolívar, e igualmente del certificado de tradición y libertad No. 340-85052, del cual se puede establecer que la señora **ALICIA MARGARITA RHENALS BARCENAS** es la propietaria del inmueble en cuestión.

En relación con el segundo de los presupuestos "La medida debe ser razonable", en cuanto a este tópico el suscrito a mejor criterio de la segunda instancia insiste en su posición inicial y por la cual se rechazó la demanda y es en el entendido que "va ser el mismo propietario quien va a instalar la valla en un bien de su propiedad, en tal sentido dicha medida innominada para este funcionario no sería procedente" y es que lo razonable no indica entonces, que el mismo demandante a su criterio puede adoptar la medida que más se adecue a su caso en particular; lo que se busca es un objetivo legítimo, ya que con el decreto de ese tipo de cautela solicitada se hace indispensable la verificación de los presupuestos arriba explicados, y aunque son varios los fines de la misma, lo cierto es que la razonabilidad señalada obliga a ser muy cuidadoso con su decreto para no caer, por exceso, en un abuso del derecho o en una práctica desmedida de cautelas, que termine haciendo gravosa la situación del demandado, respecto de quien eleva una pretensión discutible.

En este caso, se observa como anteriormente se indicó que el inmueble es propiedad de la demandante, se encuentra bajo su discrecionalidad como se observa de las escrituras arribadas al proceso y el certificado de tradición y libertad allegado con la demanda, en este sentido, en este sentido el criterio de razonabilidad para decretar la medida deprecada, no tiene justificación, pues es el mismo demandante quien solicita en predio de su propiedad que se realice la instalación de una valla que diga que ese predio es de la señora **ALICIA MARGARITA RHENALS BARCENA.**

Respecto al criterio de necesidad, esta nos habla del tiempo que puede durar el proceso y que la misma resulte idónea para proteger las resueltas de una sentencia judicial que ponga fin a la contienda; respecto de lo anterior, debe señalarse que al día de hoy no se ha presentado demanda por el hoy demandado, en consideración a ello, el objeto del litigio se encontraría resguardado y con la titularidad en cabeza de la señora **ALICIA MARGARITA RHENALS BARCENAS,** además que se logra la protección del inmueble y que sea conveniente en cuanto a los beneficios por los derechos afectados al demandado; es así que se debe de concluir que no se observa vulneración alguna a los derechos de la demandante.

En cuanto a un posible perjuicio, nuevamente se hace la retórica en cuanto quien es el titular del inmueble, y como ya se indicó este pertenece a la señora **ALICIA MARGARITA RHENALS BARCENAS,** en tal sentido la demora en una decisión en nada afectará el derecho que se quiere proteger, por cuanto esté está en su misma persona.

En cuanto al tema de la inscripción de la demanda nuevamente debe señalar el suscrito que frente a este tema la Jurisprudencia ha sido pacifica en indicar que para los procesos reivindicatorios este tipo de medidas no tienen "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"[2].

Si bien es cierto, que se encuentran acreditados alguno de los requisitos del literal c del artículo 590 del C.G.P., no es menos cierto que estos deben ser concurrentes y no excluyentes, para la prosperidad de lo solicitado.

Se observa en consecuencia, que la solicitud de la medida cautelar innominada no satisface los criterios antes señalados en la norma en comento, por lo que no se repondrá el auto de fecha 26 de enero de 2023 y en forma subsidiaria se concederá la apelación en efecto devolutivo.

Para su trámite se ordenará remitir al superior la carpeta de manera digital para su análisis.

Por consiguiente, el JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE SAN ONOFRE-SUCRE y administrando Justicia,

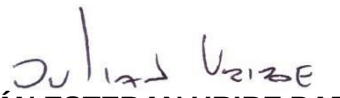
RESUELVE:

PRIMERO: No reponer el auto interlocutorio de fecha 26 de enero de 2023, de conformidad a lo indicado en la parte motiva del proveído.

SEGUNDO: Conceder en el efecto devolutivo el recurso de apelación, en contra del auto de fecha 26 de enero de 2023.

TERCERO: Remitir de manera digital la carpeta a los Juzgados Civiles del Circuito de Sincelejo, Sucre, a efecto de que se desate la apelación interpuesta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JULIÁN ESTEBAN URIBE PARRA
JUEZ

[2] Sentencia CSJ STC10609-2016, citada en STC15432-2017