

Secretaría, 2 de marzo de 2021. A despacho del Señor Juez el presente asunto, para resolver el recurso de reposición formulado en contra de providencia que decretó medida cautelar. Sírvase proveer.

GLORIA STELLA ZÚÑIGA JIMENEZ
Secretaría

JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO

Auto interlocutorio No. 248.

Santiago de Cali, dos (2) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Proceso: Verbal de Nulidad de Escritura.
Demandante Carmen Nydia Toro Morante.
Demandado: Herederos Indeterminados de Álvaro Domínguez Ayala.
Radicación: 76001310300620170034000.

I.- OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el despacho el recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial de los señores NELLY, MARTHA, ANGELA MARIA y GILBERTO DOMINGUEZ AYALA en calidad de herederos del señor ALVARO DOMINGUEZ AYALA (Q.E.P.D) frente al Auto Interlocutorio No. 1339 de 10 de octubre de 2019, por medio del cual se decretó la medida cautelar innominada de inenajenabilidad de las acciones, ordenando a DECEVAL y a la CASA DE BOLSA S.A., abstenerse de realizar cualquier movimiento u operación respecto de los bienes y/o derechos de los señores Carmen Nydia Toro Morante y Álvaro Domínguez Ayala (Q.E.P.D) o la sucesión de aquél.

II.- ANTECEDENTES

- 1.- El apoderado judicial de la parte demandante solicita con la demanda se ordene como medidas cautelares, la inscripción de la demanda sobre las acciones que hacen parte del portafolio de inversiones en litigio.
- 2.- Previo a decretar la cautela solicitada se ordenó prestar caución por valor de \$1.926.466.041.00, con el fin de garantizar los perjuicios que se llegaren a causar, valor que en virtud de recurso de reposición presentado por el apoderado de la parte demandante fue reducido a la suma de \$200.000.000.00.
- 3.- Prestada la caución exigida por el Despacho, se decretó la medida cautelar solicitada mediante Auto No. 1325 de noviembre 15 de 2018; posteriormente el

apoderado de la parte demandante solicitó la ampliación de la medida cautelar, con el fin de incluir la “*innominada de inenajenabilidad*” de la nuda propiedad de las acciones que conforman el portafolio de inversiones de la señora Carmen Nydia Morante.

4.- Mediante Auto No. 1339 de 10 de octubre de 2019, con fundamento en el literal c) del Art. 590 del CGP, se decretó la medida cautelar innominada de inenajenabilidad de las acciones, ordenando a DECEVAL y a la CASA DE BOLSA S.A., abstenerse de realizar cualquier movimiento u operación respecto de los bienes y/o derechos de los señores Carmen Nydia Toro Morante y Álvaro Domínguez Ayala (Q.E.P.D) o la sucesión de aquél.

4.- Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte demandada formuló recurso de reposición y subsidiario de apelación contra la anterior providencia, indicando que en el auto atacado se omitió ordenar prestar caución previo al decreto de la medida cautelar y la medida cautelar no cumple con los requisitos señalados en el Literal c) del Numeral 1° del Art. 590 del C.G.P.

Replica que conforme a la literalidad del Art. 590 del CGP, para que sea decretada cualquiera de las medidas cautelares enlistada en dicha norma, se debe prestar caución equivalente al 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda para responder por las costas y perjuicios derivados de la misma.

Manifiesta que en el caso particular se ordenó a la parte demandante prestar caución por la suma de \$200.000.000.00 para garantizar los posibles perjuicios que se pudieran causar con la medida cautelar de inscripción de demanda relacionada en el Literal a) del numeral 1) del Art. 590 citado, pero dicha caución no cubre o cauciona los posibles perjuicios que se llegaren a causar con el decreto y práctica de la medida cautelar innominada de “*inenajenabilidad*” de las acciones objeto de litigio, relacionada en el Literal c) del numeral 1°) del mismo artículo cuyos efectos y finalidad son diferentes; ya que mientras la primera tiene efectos de oponibilidad frente a terceros en caso de que se profiera sentencia favorable a las pretensiones de la demandante, la segunda busca sacar los bienes del comercio.

Alega que como quiera que el Juzgado omitió ordenar prestar caución a la parte demandante para el decreto de la medida cautelar innominada relacionada en el Literal c) Numeral 1°) del Art.590 del CGP, no era viable el decreto de dicha medida, puesto que a la fecha no se han garantizado los posibles perjuicios que se llegaren a causar con su decreto, ya que los perjuicios caucionados fueron los derivados de la inscripción de la demanda relacionados en el Literal a) Numeral 1° de la misma norma, razón por la cual la providencia debe ser revocada.

Cuestiona igualmente el auto recurrido, en el sentido de que no se cumplen los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, ya que de la petición de medida cautelar presentada por la parte actora y del sustento legal invocado por el Despacho, en especial el Numeral 6° del Art. 593 del CGP, es claro que con la

prohibición de no enajenar o disponer de las acciones, se decretó el embargo de los referidos títulos, y en consecuencia se decretó una medida cautelar que no está contemplada dentro del ordenamiento procesal para los procesos declarativos, sino para los ejecutivos, con lo cual se rompe el principio de idoneidad y proporcionalidad de la cautela.

Finalmente indica que tampoco se cumple con el requisito de *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, ya que la medida se fundamentó en la reclamación del demandante, sin tener en cuenta la contestación de demanda, las excepciones de méritos, las pruebas allegadas y solicitadas, lo cual debió tenerse en cuenta para tomar la decisión, desconociendo así el principio de igualdad procesal.

Corrido el traslado de rigor del recurso interpuesto por la parte demandada, el apoderado judicial de la parte actora se pronuncia, indicando que ninguna duda ofrece la pertinencia de la cautela decretada, ya que el Art. 590, Numeral 1°, Literal c) del CGP autoriza el decreto de cualquier medida que el Juez encuentre razonable para la protección del derecho en litigio, siendo necesario en este caso impedir que durante el trámite del proceso los demandados y/o causahabientes puedan transferir los bienes o derechos que integran el portafolio correspondiente, haciendo ilusoria la acción declarativa de nulidad.

De otro lado indica, que tampoco admite discusión alguna la legitimación y apariencia de buen derecho que exige la norma como requisito para el decreto de este tipo de medidas, pues expone que a la accionante le asiste interés jurídico para proteger el derecho que se debate y para cuestionar el flagrante incumplimiento del Art. 1° del Decreto 1712 de 1989 por parte del Notario Octavo del Círculo de Cali, acerca de la existencia de la prueba fehaciente del valor comercial de las acciones donadas, así como de la calidad de propietaria de la donante y de que esta conserva lo necesario para su congrua subsistencia, con lo cual se cumple la exigencia de apariencia de buen derecho.

Indica que su representada no desconoce que el Numeral 2 del Art.590 exige para el decreto de las medidas cautelares innominadas que se preste caución equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda, ya que desde la misma petición se ofreció la referida caución, la cual no fue echada de menos por el Juzgado, ya que mediante Auto No. 588 de 26 de abril de 2018 dispuso que para efecto de decretar la medida cautelar debía prestar caución por valor de \$200.000.000.00, los cuales equivalen exactamente al 20% del valor de las pretensiones de la demanda, en cuantía de \$1.000.000.000.00.

Alega que su cliente dio cumplimiento al deber de caucionar a través de la Póliza No.100066374 expedida el 7 de mayo de 2018 por la Compañía Mundial de Seguros S.A., a la cual se anexo la constancia de pago de la prima, la cual fue calificada, dando cumplimiento a la solicitud de inscripción de demanda; entendió el Despacho que para la nueva cautela de inenajenabilidad el requisito de la caución se encontraba

cumplido y por esta razón no exigió una nueva garantía de esta naturaleza como requisito previo para decretar la cautela.

Remata indicando que en el hipotético caso de que el Juzgado decida señalar una nueva caución, esto no sería argumento suficiente para levantar la medida de inenajenabilidad, mientras la demandante vuelve a prestar, ya que en el entretanto los demandados podrían disponer de los bienes.

III.- CONSIDERACIONES

1.- De conformidad con el artículo 318 del C. G del P, es competente este despacho para resolver el recurso de reposición.

2.- Como es bien sabido, los recursos procesales por medio de los cuales se controvierte una decisión judicial, tienen su fundamento en la falibilidad humana, pues el juez como ser humano puede equivocarse. Así, el recurso de reposición tiene como finalidad que el mismo funcionario que profirió la decisión revise su actuación y la revoque, confirme o modifique, según sea el caso.

3.- Descendiendo al caso sometido a estudio, tenemos que el Art. 590 numeral I del C.G.P reza:

“(...) 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 una universalidad de bienes”

Establece igualmente que:

“si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de éste el Juez ordenará el secuestro de los bienes sujetos al proceso”.

b) (...)

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.

(...)”.

Es de resaltar que con fundamento en todas las innovaciones que trajo el Código General del Proceso en cuanto a las facultades del Juez de decretar en los procesos declarativos cualquier medida cautelar que considere razonable para la protección del derecho objeto de litigio, es viable que en los procesos declarativos se decreten medidas cautelares distintas a la ya analizada desde la presentación de la demanda y no tener que esperar a obtener un fallo favorable a favor del demandante para solicitarlas, son las llamadas *Medidas Cautelares Innominadas*.

En efecto, el Código General del Proceso en el literal c del artículo 590, señala que el juez podrá decretar: *“cualquiera otra medida que 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”*.

Ahora bien, para decretar la medida cautelar llamada innominada, el juez debe tener en cuenta lo siguiente (Parra Quijano, págs.309-312):

- *El juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes, debiendo aportar, ab initio, al menos unos elementos de convicción que permitan que el juez tenga certeza sobre los eventuales extremos en la litis y sus intereses en el proceso. Así que dependerá del incoante, demostrar los supuestos jurídicos previstos en la norma sustancial y procesal para justificar la medida solicitada y los medios probatorios que brinden herramientas de juicio.*
- *El juez valorará la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho, esto es, el peligro en la demora (periculum in mora). En este sentido, el artículo 700 del CPC italiano se refiere en cuanto al periculum como un perjuicio inminente e irreparable.*
- *El juez considerará la existencia de la apariencia de buen derecho (fumus boni juris) o humo de buen derecho, no es más que una metáfora a la que se acude para resaltar el fenómeno de la naturaleza consistente en que entre más grande sea el humo, más grande es el humo que lo produce. En el campo de las medidas cautelares se traduce en la apariencia o verosimilitud del derecho invocado, esto es, que a juicio del decisor jurisdiccional después de haber realizado un razonamiento en el que prevea las probabilidades de éxito del solicitante, le parezca que la resolución final puede ser a favor de éste, es decir, que las pretensiones del demandante estén llamadas a prosperar”*.

Igualmente, las medidas cautelares innominadas deben cumplir unos requisitos axiológicos positivizados, a saber: *la proporcionalidad, necesidad, razonabilidad y efectividad*. La proporcionalidad, se refiere a que *“el demandante debe demostrar que existe un equilibrio entre la medida solicitada, los derechos con respecto al patrimonio del demandado sobre el cual recaen y las pretensiones que busca satisfacer, con el fin de demostrar que no se incurre en algún tipo de abuso con el eventual decreto de la medida”*. . (Villota Narváez & Escobar Argoty, 2017, pág. 5)

Pero para que se concedan, es necesario que se demuestre por el solicitante de la medida, que existe un peligro de daño a los derechos proveniente de la tardanza en la adopción de la decisión final del proceso. Por esta razón, *“si se demuestra que se*

está ocasionando un daño, será la ponderación del juez, el cual mediante test de razonabilidad decide la medida que minimice o acabe con el daño, pero si el daño o peligro no se demuestra mediante las respectivas pruebas, se deberá negar la solicitud de dichas medidas cautelares innominadas". (Contreras Amaya, 2015, pág. 12)

No puede olvidarse que para el decreto de las denominadas medidas cautelares innominadas se exige no solo la razonabilidad, sino que también debe tenerse en cuenta lo siguiente: i) *"la apariencia de buen derecho, ii) la necesidad, iii) efectividad, y iv) proporcionalidad de la medida"*, luego entonces, quien pretenda acudir a esta institución debe fundamentar sus argumentos en las exigencias de la norma en comento, debiendo allegar gran cantidad de elementos de juicio que ofrezca apariencia de buen derecho, no siendo viable que el Juez se aparte de las directrices aquí consignadas para proteger motivaciones que no se acompasen con lo requerido.

Aplicados los anteriores criterios al caso *sub examine*, tenemos que el actor solicita ampliación de la medida cautelar, con el fin de incluir la *"innominada de inenajenabilidad"* de la nuda propiedad de las acciones que conforman el portafolio de inversiones de la señora Carmen Nydia Toro Morante, solicitando se ordene a la CASA DE BOLSA S.A. y a DECEVAL se abstengan de realizar cualquier operación que implique disposición de los bienes inherentes a dicho portafolio mientras se profiera sentencia que ponga fin al litigio.

Sustentó su pedido en el hecho de que los herederos de ALVARO DOMINGUEZ AYALA (Q.E.P.D.) podrían disponer de los activos que conforman el portafolio abierto por la señora Carmen Nydia Toro Morante, con lo que se harían ilusorias las pretensiones de la demanda, con lo cual se causaría un perjuicio económico de grandes proporciones.

Manifestó igualmente que es clara la apariencia de buen derecho que le asiste a las pretensiones de la demanda, ya que afirma que es nula la donación de propiedad de los bienes que integran el referido portafolio, teniendo en cuenta que ésta no estuvo precedida de una insinuación que cumpliera con todos los requisitos legales.

Frente a los puntos de inconformidad del recurrente, tenemos que si bien es cierto el Juzgado citó como sustento jurídico de la cautela decretada de *"innominada de inenajenabilidad"* el Art. 599 del CGP, norma que hace referencia exclusiva al embargo y secuestro de bienes del ejecutado en los procesos Ejecutivos, realmente no se dio aplicación de la misma en el presente caso, pues mediante la cautela innominada decretada, de un lado no se ha decretado embargo y secuestro alguno, así como tampoco ha recaído sobre bienes de propiedad de los demandados, ya que hasta tanto los activos que conforman el portafolio no sean adjudicados a los demandados a través del proceso de sucesión del causante ALVARO DOMINGUEZ AYALA (q.e.p.d.), éstos no tienen más que una expectativa herencial, situación distinta de la demandante señora Toro Morante que detenta el Derecho Real de Usufructo sobre las acciones que integran el portafolio por ella abierto.

Respecto de la apariencia de buen derecho de la cautela solicitada ante la posible amenaza a los activos que conforman el portafolio abierto por la señora Carmen Nydia Toro Morante, no podemos pasar por alto que el señor ALVARO DOMINGUEZ AYALA (Q.E.P.D.) tenía el derecho de Nuda Propiedad sobre dichos activos, el cual puede transferirse por acto entre vivos, como la venta del derecho y por causa de muerte, evento éste último en el cual sus herederos una vez les sea adjudicado el derecho, pueden venderlo, situación que no puede ser desconocida por los demandados, pero que sí coloca a la parte demandante en una situación de alerta ante el eventual acontecimiento de un hecho de tal naturaleza.

En este sentido, la Corte Constitucional adujo lo siguiente: *“El ordenamiento jurídico protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, toda vez que los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”*. (Corte Constitucional, Sentencia C - 379 de 2004).

Pues bien, en el caso en estudio tenemos que se ordenó a DECEVAL y a la CASA DE BOLSA S.A., abstenerse de realizar cualquier movimiento u operación respecto de los bienes y/o derechos de los señores Carmen Nydia Toro Morante y Álvaro Domínguez Ayala (Q.E.P.D) o la sucesión de aquél, decisión que no obstante sacar los activos del comercio, ya que ni los demandados ni la demandante podrán disponer de los mismos, pero sí garantiza que no se genere ningún tipo de lesión de una de las partes respecto de la otra, ya que se trata de una medida discrecional mientras se lleva y se termina la actuación respectiva.

Teniendo en cuenta que en el presente caso la medida cautelar innominada solicitada, requiere de manera preventiva de medidas creativas, cimentada por el Juez a partir de la solicitud presentada, dicha medida se planteó precisamente en la prohibición de realizar cualquier movimiento u operación sobre los bienes, con el fin de evitar acciones o conductas que afecten los derechos del solicitante, decisión que se asumió con discrecionalidad en atención a la facultad de que goza el Juez para adoptar este tipo de providencias.

En cuanto al test de proporcionalidad, eficacia y necesidad echado de menos por el extremo demandado, en cuanto al decreto de la cautela, tenemos que éste se realizó, ordenando precisamente una medida que va en doble vía, ya que si bien fue solicitada por la parte demandante con el propósito de proteger los bienes objeto de debate, también se están protegiendo los derechos de los demandados, pues de igual manera la demandante en calidad de usufructuaria de los activos puede enajenar su derecho de usufructo; resultando conveniente asegurar los bienes de entrada, para protegerlos de eventuales situaciones que pueden llegar a concretarse con ocasión de las dificultades que se presentan durante diferentes situaciones habituales en el proceso, convirtiéndose en un seguro provisional tanto para el Juez como para las partes que intervienen, dándole a la controversia la confianza suficiente.

En cuanto a que se debe prestar nueva caución para el decreto de la cautela de “inenajenabilidad, ya que la prestada por valor de \$200.000.000.00 no cubre o cauciona los posibles perjuicios que se llegaren a causar con el decreto y práctica de la última, tenemos que no obstante asistirle razón al recurrente en cuanto a que el Despacho no fijó una nueva caución para el decreto de tal medida, ello obedece a que el Art. 590 Num.2 del CGP, establece que para que sean decretadas cualquiera de las anteriores medidas cautelares, esto es, las contempladas en los Literales a), b) y c) de la norma en cita, la cual es equivalente al 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica, pero no indica que para el decreto de cada una de dichas cautelas se deba prestar caución, que al parecer es lo que pretende el memorialista, no encontrando asidero jurídico su solicitud.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que las medidas cautelares solicitadas por la parte actora son distintas, la una de inscripción de demanda y la otra innominada, con fundamento en lo estatuido en la norma en cita, el Juzgado puede aumentar el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida, en el presente caso resulta conveniente aumentar el valor de la caución a prestar, teniendo en cuenta que la medida de “inenajenabilidad” de las acciones objeto de litigio, sacan los bienes del comercio provisionalmente, razón por la cual se adicionará el valor de la caución a prestar por la parte demandante en un monto de \$100.000.000.00, los cuales deberán ser prestados dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, so pena de decretar el levantamiento de la medida cautelar innominada de “inenajenabilidad”.

En tales condiciones, al no encontrar abrigo los argumentos del recurrente, habrá de mantener incólume el auto atacado.

Bastan las anteriores consideraciones para que este despacho judicial en la parte resolutive de la presente providencia mantenga la providencia recurrida y conceda la apelación solicitada por encontrarse enlistada en el artículo 321 Num. 8 del C. G del P.

En consecuencia, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali,

IV. RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER el auto interlocutorio No. Auto No. 1339 de 10 de octubre de 2019, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO: CONCEDER en el efecto **DEVOLUTIVO** el recurso de apelación propuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra el auto interlocutorio No. Auto No. 1339 de 10 de octubre de 2019,

TERCERO: ADICIONAR el valor de la caución que debe prestar la parte demandante en un monto de **\$100.000.000.00**, la cual deberá constituirse dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, so pena de decretar el levantamiento de la medida cautelar innominada de “inenajenabilidad”.

CUARTO: remítase el Expediente Digital al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali-Sala Civil, para que se surta la apelación concedida.

02

NOTIFIQUESE

Firmado Por:

**JUAN CARLOS ARTEAGA CAGUASANGO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 006 CIVIL DEL CIRCUITO CALI**

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:

8ebd1eb73b5d2c5af61cc3c3aed6cd16a548b4add84db70e9c371a08a194a40

Documento generado en 02/03/2021 03:44:31 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**