



Al servicio de la Justicia y de la paz social

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN CIVIL

MAGISTRADO SUSTANCIADOR
MARIO ALBERTO GÓMEZ LONDOÑO

Medellín D.E. de C., T., e I., veintiocho de febrero de dos mil veintitrés.

PROCESO	Verbal
DEMANDANTE	María del Pilar Ramírez González
DEMANDADO	Martha Cecilia Botero de Mejía y otros.
PROCEDENCIA	Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Medellín
CUDR	05001-31-03-022-2022-00063-01
RADICADO INTERNO	067-22
PROVIDENCIA	049-23
DECISIÓN	Si la medida cautelar fue definida y reglamentada por el legislador se considera nominada, de lo contrario será innominada. Para efectos de establecer la procedencia de una cautela típica o nominada, el juez debe verificar que se enliste como tal en las normas generales, o en su defecto, en las que regulan el proceso especial donde se solicita. Ahora, tratándose de medidas atípicas e innominadas, debe examinar la legitimación para actuar, la existencia de amenaza o vulneración del derecho, además de la apariencia del buen derecho, así como la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida. CONFIRMA.

ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver la apelación formulada por el apoderado de la demandante María del Pilar Ramírez González, en contra del auto del siete de julio de 2022, que negó el decreto de una medida cautelar, en su sentir, innominada.

ANTECEDENTES

1.- Hechos y pretensiones. Ante el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, la señora María del Pilar Ramírez González presentó demanda verbal de simulación contra de Martha Cecilia Botero de Mejía y los

herederos indeterminados del señor Luis Fernando Ramírez Loaiza, la cual fue admitida por auto del 23 de marzo de 2022.

Dentro del trámite procesal, el apoderado de la parte demandante solicitó como medida cautelar, que se le ordene a la parte demandada que consigne a órdenes del despacho judicial, los intereses de plazo del 1.3% mensual que se causen de acuerdo con el pagaré objeto de fideicomiso civil, cuyo deudor es la sociedad La Magia de Tomasa S.A.S., hasta que se culmine el litigio.

2.- El auto apelado. La mencionada solicitud de medida cautelar fue resuelta por proveído del siete de julio de 2022, negándose la misma, ya que el Juzgado de primera instancia no encontró cumplidos los presupuestos necesarios para acceder a ella, pues no se evidenciaba amenaza o vulneración de los derechos. Consideró que no se evidenciaba la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, porque ya había sido debidamente inscrita la cautela decretada de inscripción de demanda sobre cuatro predios.

3.- La apelación. Oportunamente el apoderado de la actora interpuso recurso de apelación, argumentando que la *a quo* no analizó de fondo los elementos de la medida cautelar innominada para su decreto, los cuales se cumplen en este asunto.

Frente a la necesidad, manifestó que se tiene, de cara al título valor objeto del acto sobre el que se pretende la declaratoria de simulación, se están generando intereses de plazo sobre un capital importante (\$280.000.000), es decir, el paso del tiempo genera un claro detrimento patrimonial del haber herencial del causante y fideicomitente, pues la demandada dispone actualmente de dicho dinero.

Dijo que es proporcional, toda vez que, por tratarse de un proceso de simulación, es razonable que los intereses de bienes que sean objeto de litigio, como lo es el pagaré que hace parte del negocio del fideicomiso civil, no se repartan hasta que haya decisión del proceso judicial.

En relación con el criterio de efectividad, refirió que, al no estar protegidos los intereses de plazo causados, estos difícilmente puedan ser recuperados una vez culmine el proceso judicial, es decir, perdería toda eficacia la sentencia de fondo.

Además, existe apariencia de buen derecho, según la cantidad de indicios que existen, según se puede extraer de la prueba documental y de la confesión de los hechos en la contestación a la demanda.

Resaltó, además, que la inscripción de la demanda sobre los bienes inmuebles objeto del fideicomiso civil, no puede ser obstáculo para decretarse la cautela peticionada sobre un título valor, máxime que la demandada vendió tres de los cuatro predios, según consta en la escritura pública número 339 del tres de marzo de 2022, otorgada en la Notaría 26 de Medellín.

La alzada fue concedida en el efecto devolutivo, por proveído del 29 de julio de 2022.

CONSIDERACIONES

1.- Medidas cautelares / Presupuestos. Son las actuaciones que se adelantan en el interior de un proceso judicial, con la finalidad de garantizar los resultados de éste o también *“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”* (art. 590 del CGP), evitando consecuencias adversas que pueden ocasionarse con el transcurso del tiempo (evacuación de las etapas previas a la sentencia) o por eventuales actos fraudulentos.

En palabras del tratadista italiano PIERO CALAMANDREI, tiene como finalidad¹:

“...evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por este inevitable retardo del remedio jurisdiccional (periculum in mora), está preordenada precisamente la actividad cautelar; la cual, mientras se esperan las providencias definitivas destinadas a hacer observar el derecho, provee a anticipar provisoriamente sus previsibles efectos.”

Por su parte, el maestro HERNANDO MORALES MOLINA, explica este mecanismo procesal, en su libro Curso de Derecho Procesal Civil, parte general, Editorial ABC, en los siguientes términos:

¹ En *“Instituciones de derecho procesal civil”*, volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América (Buenos Aires Argentina). Pág. 157. Citado por ALFONSO RIVERA MARTÍNEZ en su obra *“DERECHO PROCESAL CIVIL”*, Parte General y pruebas. Décimo Séptima Edición. Editorial LEYER EDITORES. Bogotá, 2015. Pág. 833.

“La medida cautelar o de aseguramiento como una forma de represión de la tutela jurídica, que en relación unas veces con el proceso declarativo y otras con el de ejecución y aún con procesos voluntarios, se dirige a asegurar sus consecuencias mediante el mantenimiento del estado de hecho o de derecho (secuestro preventivo, en sucesiones), o a anticipar las consecuencias de determinada resolución judicial para no hacerla baldía, evitando así el daño de la demora periculum mora, para lo cual se crea un nuevo estado que facilite tal resultado y es lo que se denomina proceso o medida cautelar innovativos (alimentos e interdicción provisiona). También previene el perjuicio por el anticipo de la cautela misma (contracautela), como ocurre con las cauciones, lo cual configura el proceso o medida cautelar conservativos.”

De ahí que, tradicionalmente, se hayan contemplado como presupuestos de una cautela el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, el *periculum in mora* o peligro para el demandante, en cuanto al objeto del litigio o respecto de la posibilidad de hacer cumplir la sentencia, simplemente por el paso del tiempo, traducido en el acatamiento de términos procesales, y la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, en orden a guardar un equilibrio entre la disposición y los derechos del demandado.

En materia de regulación de cautelas se han manejado tres teorías. La primera, llamada *numerus clausus*, alude a que el legislador prevé los casos y las medidas plausibles de decretar, de suerte que es el creador legal el que, con fundamento en lo meramente razonable, analiza los requisitos aludidos y fija las medidas procedentes de cada tipología de proceso; otra teoría, por el contrario, deja en libertad al fallador, siendo éste el que, sujeto a los presupuestos mencionados, establece las medidas viables en cada trámite; y, una tercera teoría, manejada por el Código General del Proceso, combina las dos anteriores; pues, relaciona unas cautelas y los procesos en los cuales resultan posibles, pero deja en libertad al juez de decretar otra, regulada o no, que se estime factible en determinada causa.

2.- Medidas cautelares atípicas e innominadas. Se encuentran reguladas en el literal c) del numeral 1° del artículo 590 del Código General del Proceso, en los siguientes términos:

“c) Cualquiera otra medida cautelar 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.”

Inicialmente se debe señalar que en ocasiones se asimilan los conceptos de cautelas innominadas y catelas atípicas, lo cual, para este sustanciador no es correcto, dado que aluden a un significado e importancia diferentes. Así, la atípica es aquella que el legislador regula, pero para otros supuestos, de suerte que su denominación decreto, perfeccionamiento y consecuencias procesales está establecido en la ley, aunque con relación a otros casos, lo cual implica que el juzgador sólo analiza su procedencia en ese específico asunto; en cambio, las innominadas son las que no tienen reglamentación legal en ningún supuesto y, por ello, tanto su viabilidad como su decreto, práctica y demás, son señaladas por el juez.

Así, por ejemplo, en materia de medidas atípicas, el embargo está definido en pautas legales, pero generalmente para aplicar en causas ejecutivas, no verbales, de suerte que la aplicación en estos últimos es lo que analiza el juez, contrario a lo que sucede con las innominadas, en las cuales todo lo relacionado con la cautela es dispuesto por el fallador, desde luego, a la luz de los presupuestos mencionados.

En lo que resultan semejantes, es en que, en ambas, se le confiere al juez la potestad de decretarlas, siempre y cuando la evaluación previa sobre si la petición resulte razonable, adecuada, necesaria y proporcional, esto es, que tenga como finalidad proteger el derecho objeto del litigio, o impedir que éste sea infringido o evitar las consecuencias que puede ocasionar la infracción, prevenir daños, o que cesen los que se estuvieren causando, o asegurar que la pretensión sea efectiva, y que se satisfaga el presupuesto de apariencia de buen derecho.

Finalmente, debe precisarse, que de existir varias cautelas que puedan ser viables, debe optarse por la que sea menos nociva, máxime si todas ellas tienen la misma finalidad.

3.- Caso concreto. Disiente la recurrente la negativa de decretar la medida cautelar rogada, consistente en ordenar *“a la parte demandada consignar a órdenes de este despacho judicial los intereses de plazo del 1.3% mensual que se causen de acuerdo con el PAGARÉ objeto de fideicomiso civil, cuyo deudor es la sociedad LA MAGIA DE TOMASA S.A.S. hasta que se culmine el litigio.”*, decisión fincada en que no se habían cumplido los criterios de necesidad, proporcionalidad, efectividad y apariencia de buen derecho.

Tratándose de procesos declarativos, como lo es el asunto que nos concita, establece el precepto 590 del Código General del Proceso, dos momentos procesales diferentes para enunciar las medidas nominadas que pueden proceder de cara a las pretensiones invocadas, así:

a. Desde la presentación de la demanda, puede solicitarse la inscripción de esta sobre los bienes sujetos a registro y el secuestro de los que no, cuando la demanda verse sobre el derecho de dominio u otro real principal, o cuando se enmarca en la responsabilidad contractual o extracontractual del encausado.

b. Una vez dictada sentencia de primera instancia favorable al demandante, puede el actor solicitar *“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”*.

Y con relación a las innominadas, señala que puede ser cualquier *“otra medida”* que el funcionario judicial encuentre, entre otras, *“razonable para la protección del derecho objeto del litigio”*, además de contar con *“la apariencia de buen derecho”*, *“la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida”*, facultándolo para que, de estimarlo, decrete una menos gravosa o diferente de la solicitada.

En el presente proceso se busca que se declare la simulación absoluta del acto de constitución de fideicomiso civil, contenido en la Escritura Pública número

2282 del tres de diciembre de 2021, de la Notaría Décima de Medellín o, en subsidio, se declare que el mencionado acto es relativamente simulado por tratarse realmente de una donación.

De manera consecencial a la primera pretensión, la parte actora depreca que se ordene restituir a la masa herencial del señor Luis Fernando Ramírez Loaiza, todos los bienes que hicieron parte de la escritura pública número 2282 del tres de diciembre de 2021 de la Notaría Décima de Medellín, y respecto de la segunda, que se ordene la cancelación del aludido acto escriturario y todas las anotaciones donde hubiere sido inscrito.

Dentro de la referida escritura pública se encuentra que el fideicomiso civil se constituyó a favor de la señora Martha Cecilia Botero de Mejía, sobre los bienes inmuebles distinguidos con matrículas inmobiliarias número 001-1041898, 017-52928, 017-52866 y 017-52899; además, sobre un pagaré por valor de doscientos ochenta millones de pesos (\$280.000.000), cuya aparente deudora es la sociedad La Magia de Tomasa S.A.S., identificada con el Nit. 900.536.888-9

En esta medida, revisados los argumentos expuestos por el recurrente, advierte el Tribunal que el pedimento del extremo apelante no puede abrirse paso por no ajustarse a las previsiones normativas que rigen la materia, toda vez que la cautela peticionada, aunque tiene el aspecto de una medida innominada, en realidad se trata de una medida embargo de los frutos del título valor, o sea, realmente estamos frente a una cautela atípica.

Además, considera la Sala que, de ordenarla, sería anticipar los efectos de una posible sentencia favorable a favor de la demandante, lo que hasta el momento no se ha decidido. En efecto, se está pretendiendo la declaratoria de simulación del fideicomiso civil que involucra en el aludido pagaré; sin embargo, hacer que se consignen los intereses que este produce, implicaría su embargo o cambiar su actual beneficiario, por lo que haría inviable conceder a su favor tal derecho como medida cautelar.

En efecto, nuestra legislación procesal general consagra las medidas cautelares que pueden decretarse al interior del proceso, a fin de garantizar y proteger el derecho materia del litigio, así como la efectividad de la orden que emita el juez en caso que las pretensiones salgan en favor de la parte actora; no obstante,

dicha facultad está supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos que de manera taxativa enlista el literal c) del artículo 590 del estatuto general del proceso, esto a fin de evitar que la orden no resulte desbordada, arbitraria o no cumpla la finalidad que tiene al interior del proceso, sin que ello llegue a significar que al abrigo de tal precepto normativo cualquier petición de medidas cautelares pueda abrirse paso, para justificar la procedencia de las mismas.

Ahora, se repite, de la medida deprecada por la parte demandante, puede colegirse que está pretendiendo una cautela que se encubre realmente con el embargo de lo producido por el pagaré o la retención de intereses, lo que hace inviable su procedencia. Es que las medidas de embargo o secuestro, desde ningún punto de vistas pueden ser encasilladas como medidas cautelares innominadas, independientemente del esfuerzo realizado por la profesional del derecho, en este asunto, para justificar la necesidad de dicha cautela para protección de los derechos de su poderdante, como quiera que estas se observan procedentes ante derecho ciertos o de aparente certidumbre (ejecutivos- sucesiones), no en materia de derechos inciertos y discutibles; tanto es así que el embargo y secuestro, para el legislador, proceden cuando se dicta una sentencia favorable al actor y en remplazo de una menos gravosa como la inscripción de la demanda.

Así lo ha establecido la jurisprudencia reciente de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual, al analizar un caso similar, señaló la improcedencia de abrir paso a una medida cautelar nominada o de aquellas que taxativamente el legislador ha reglamentado en el ordenamiento jurídico, y decretarla bajo la denominación de medida innominada. Al respecto se pronunció este Alto Tribunal en la sentencia STC15244-2019 de fecha 8 de noviembre de 2019, donde dilucidó:

“Dichas medidas, llamadas innominadas, han sido apreciadas por esta Sala en otras ocasiones, resaltándose su carácter novedoso e indeterminado, proveniente de las solicitudes de los interesados; asimismo, se ha relevado que su decreto le impone al juez del asunto un estudio riguroso sobre la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la cautela deprecada, analizándose, por supuesto, su alcance en torno al derecho objeto del litigio.

(...)

Ciertamente, el ordenamiento jurídico, consagra, como antes se expuso, un régimen especial para la “inscripción de la demanda”, previendo taxativamente los casos en los cuales procede, su alcance y efectos y otro distinto para las cautelares innominadas, imponiendo para su decreto, la petición puntual del extremo interesado y un juicio minucioso del funcionario de conocimiento, en relación con la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

(...)

Es preciso acotar que uno de los elementos distintivos de las medidas cautelares es su carácter restringido con relación a las medidas nominadas, el cual no se ha perdido ante la entrada en vigencia del Código General del Proceso, pues en el Libro Cuarto, Título I, Capítulo I de dicha reglamentación, expresamente se prevén las cautelas pasibles de ser ordenadas dentro de los distintos trámites, precisándose su procedencia dependiendo del tipo de litigio (declarativo, ejecutivo, “de familia”) y de las especiales circunstancias como se halle.

Las cautelas continúan siendo, como en la anterior normatividad procesal civil, la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro, el embargo y/o el secuestro; empero, además, se establece la procedencia de las llamadas innominadas y las previstas para los “procesos de familia” (art. 598, C.G.P.).

Tal categorización revela la existencia de una reglamentación propia para cada tipo de medida e impide concluir que la inclusión de las innominadas entraña las específicas y singulares, históricamente reglamentadas con identidad jurídica propia, pues de haberse querido ello por el legislador, nada se habría precisado en torno a la pertinencia y características de las ya existentes (inscripción de la demanda, embargo y secuestro) y tampoco se habrían contemplado las particularidades de las nuevas medidas introducidas.

Innominadas, significa sin “nomen”, no nominadas, las que carecen de nombre, por tanto, no pueden considerarse innominadas a las que tienen designación específica; como lo expresa la Real Academia Española –RAE- “(...) Innominado(a): Que no tiene nombre especial (...)”². De modo que atendiendo la preceptiva del artículo 590 ídem, literal c), cuando autoriza como decisión cautelar “(...) cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio (...)” (subraya fuera de texto), implica entender que se está refiriendo a las atípicas, diferentes a las señaladas en los literales a) y b), las cuales sí están previstas legalmente para casos concretos; de consiguiente, las innominadas no constituyen una vía apta para hacer uso de instrumentos con categorización e identidades propias.

Esta interpretación se infiere de la boca del legislador, cuando asienta con relación a las innominadas: “(...) cualquiera otra medida (...)”, segmento que indisputadamente excluye a las otras.

Esta Sala, en sede de revisión, estimó inviable en procesos declarativos ordenar el secuestro de bienes por no hallarse contemplado para aquéllos decursos, con lo cual se exaltó el comentado carácter restrictivo de las medidas cautelares.

Sobre lo argüido, adoctrinó:

“(...) [E]l decreto de cautelas, desde antaño, ha tenido un manejo muy restringido, pues sólo podrán ordenarse las que expresamente autorice el legislador, y en las oportunidades que el mismo ordenamiento dispone, sin menoscabo de las que procedan de oficio, o las llamadas medidas cautelares innominadas, que están sujetas a la discrecionalidad del juzgador, atendiendo las condiciones del caso concreto y, particularmente la apariencia del buen derecho.

“De esas limitaciones no está exento el recurso extraordinario de revisión, habida cuenta que si bien el artículo 385 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo amparo se está tramitando este asunto, autoriza el decreto de cautelas, es perentorio al señalar que se podrán decretar en la medida que estén dentro de los supuestos «autorizados en el proceso ordinario» y se soliciten «en la demanda». Entendiéndose que con la entrada en vigencia del artículo 590 del Código General del Proceso desde octubre de 2012, serán las que estén habilitadas en los juicios declarativos (...)”. “(...).”

“Es preciso anotar que dada la sustancial diferencia que existen entre la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes no es dable pretender hacer concurrir uno y otro de manera indiscriminada, cuando el legislador es claro al señalar las que en cada caso resultan procedentes.

“Es por ello, que en asuntos como el presente donde la discusión puesta a consideración de la jurisdicción en el juicio contentivo de la decisión impugnada se cierne en derechos herenciales que recaen sobre bienes inmuebles, resulta procedente de acuerdo con el contenido expreso del citado artículo 590 la inscripción de la demanda respecto de los mismos y no su secuestro, amén que no puede olvidarse que el decreto de este último sobre inmuebles indiscutiblemente comprende todos los frutos, rentas y demás que le son inherentes, pero el legislador limitó las cautelas únicamente a la primera, esto es la inscripción de la demanda (...)”³.

5. Así las cosas, se evidencia la lesión a la prerrogativa contenida en el canon 29 de la Constitución Política, por cuanto el tribunal, pese a reconocer que estaba frente a un juicio verbal de “regulación y pérdida de intereses por cobro excesivo”, donde no se discutía ninguna de las tres hipótesis previstas para la procedencia de la inscripción de la demanda, esto es, 1. Que “(...) (i) verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o [(ii)] como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra (...)”; 2. Que verse “sobre una universalidad de bienes”; y 3. C]uando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual (...)” (subraya fuera de texto) (lit. a) y b), num. 1°, art. 590 C.G.P.), estimó la viabilidad de la medida sobre varios bienes del tutelante, aduciendo, equivocadamente, hallarse la misma incluida en las innominadas, previstas en el literal c) ídem.

Esa postura, como se vio, desconoce el carácter restringido y limitado de las medidas cautelares preceptuadas en la vigente codificación procesal civil y extiende los alcances de la renombrada inscripción de la demanda a debates litigiosos no previstos por el legislador.”

Bajo estos parámetros, no siendo viable la medida innominada, que realmente es atípica, peticionada por la parte demandante, conforme lo esbozado con antelación, se confirmará la decisión apelada, sin costas porque no se causaron.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, CONFIRMA** le decisión contenida en el auto del siete de julio de 2022, proferido por el JUZGADO VEINTIDÓS CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, dentro del proceso VERBAL instaurado por MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ GONZÁLEZ en contra de Martha Cecilia Botero de Mejía y los herederos indeterminados del señor Luis Fernando Ramírez Loaiza, por lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas en esta instancia.

En firme la presente, devuélvase el expediente digital al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Handwritten signature of Mario Alberto Gómez Londoño in black ink.

MARIO ALBERTO GÓMEZ LONDOÑO
Magistrado