

RAD. 2022-00290-00- RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO APELACION

VICTOR PEREZ ALVAREZ <vopa@outlook.com>

Mié 25/01/2023 16:31

Para: Juzgado 16 Civil Circuito - Valle Del Cauca - Cali <j16cccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Señor:

JUEZ DIECISÉIS CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

Su Despacho

REFERENCIA: PROCESO DECLARATIVO VERBAL**DEMANDANTE:** ALEXANDRA CUERVO CERQUERA**DEMANDADO:** PEDRO ANDRÉS OSORIO PEÑA**RADICACION:** 76001 3103 016 **2022-00290-00****ASUNTO:** RECURSO DE REPOSICION, Y EN SUBSIDIO APELACION PARCIAL

Cordialmente,

Por medio del presente, se remite cond estino al expediente de la referencia los siguientes documentos:

1. Recurso de reposición y en subsidio apelacion.

Atentamente,

VICTOR OSWALDO PEREZ ALVAREZ**Abogado Especialista Derecho Procesal, Civil y Comercial****ASESORES Y CONSULTORES ASOCIADOS VOPA S.A.S.****Oficina:** Carrera 50 No.9B-20 Of. 210 Edif. Torres de la Cincuenta**Telefono:** (57) 6023835422URS**Celular:** 300-5253930 / 316-7487210**Correo:** vopa@outlook.com - vopa@icloud.com*Santiago de Cali - Colombia*



Señor:

JUEZ DIECISÉIS CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

Su Despacho

REFERENCIA:	PROCESO DECLARATIVO VERBAL
DEMANDANTE:	ALEXANDRA CUERVO CERQUERA
DEMANDADO:	PEDRO ANDRÉS OSORIO PEÑA
RADICACION:	76001 3103 016 2022-00290-00
ASUNTO:	RECURSO DE REPOSICION, Y EN SUBSIDIO APELACION PARCIAL

VICTOR OSWALDO PÉREZ ÁLVAREZ, de condiciones civiles y procesales conocidas dentro del asunto de la referencia, de manera respetuosa me permito interponer a su consideración el presente **RECURSO DE REPOSICIÓN, Y EN SUBSIDIO APELACION PARCIAL** en contra del **auto sin numero del 6 de diciembre de 2022**, por el cual se decreta rechazo de las medidas cautelares solicitadas, con fundamento en las consideraciones que a continuación se exponen:

OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA:

El **artículo 318 del CGP** establece que cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto. Por su parte, el **artículo 322, numeral 1**, del mismo compilado legal determina que la apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado.

Así mismo, respecto a la procedencia de este medio de impugnación el **artículo 321 del CGP** dispone, en su numeral octavo, que es susceptible de

Oficinas: Carrera 50 No.9B-20 Of.210 Edificio Torres de la 50

PBX: 6023985300 Celular/Whatsapp: 316-7487210

Correo electrónico: vopa@outlook.com

Santiago de Cali

apelación el auto que resuelva sobre una medida cautelar, fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla.

Se tiene que el auto objeto de esta impugnación, aparte de que inadmite la demanda, vincula dicha inadmisión con la solicitud de medida cautelar que fue solicitada desde la presentación de la demanda, la cual rechaza. Por ende, en consideración al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, y en aras de garantizar el debido proceso, el principio de legalidad y el derecho de defensa de la parte actora, aun cuando existe una declaración de inadmisión de la demanda, en el fondo se está pronunciando o resolviendo una solicitud de medidas cautelares, aspecto procesal que por disposición legal puede ser susceptible de apelación.

Sobre el auto aquí impugnado se presentó previamente solicitud de aclaración. De allí que, de conformidad con el **artículo 302, inciso segundo, del CGP**, este solo se entenderá ejecutoriado una vez se resuelva de fondo la aclaración. Igualmente, en concordancia con el tercer inciso del **artículo 285** del mismo estatuto, una vez notificado el auto que resuelve la aclaración y dentro del periodo de su ejecutoria se pueden interponer recursos en contra de la providencia objeto de la solicitud de aclaración.

El auto que resolvió la solicitud de aclaración se notificó por estados el **día 20 de enero de 2023**, razón por la cual, el término para interponer recursos en contra del auto impugnado corrió los **días 23, 24 y 25 de enero de 2023**. Esta solicitud se presenta el **día 25 de enero de 2023**, es decir, encontrándonos dentro de la oportunidad legal para hacerla.

REPAROS CONCRETOS:

El básico y principal reparo contra dicha providencia radica en lo referente a la solicitud de medida cautelar de inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble que fue objeto del contrato cuya resolución por incumplimiento se pretende. Al respecto, es claro que este despacho rechaza dicha solicitud por considerarla *“abiertamente improcedente”*, aduciendo como argumento lo siguiente:

“Una aplicación inconsulta de la norma en cita implicaría que en el caso en concreto no existe la necesidad de agotar el requisito de procedibilidad. Sin embargo, estima el Despacho que no cualquier solicitud de medida cautelar releva al actor de acudir a la conciliación prejudicial. En el caso de marras,

se considera que la solicitud de medida cautelar es abiertamente improcedente, por lo que no es posible aplicar los efectos del el parágrafo 1 del artículo 590 del CGP.

Esto es así, como quiera que se solicita se inscriba la demanda en un inmueble que no es propiedad del accionante. De acuerdo con el inciso primero del artículo 591 del CGP, para que la demanda pueda ser inscrita debe verificarse que bien pertenece al demandado, de lo contrario el registrador se abstendrá de realizar la anotación.

Junto con la demanda se aportó el certificado de tradición el inmueble sobre el cual se solicita la inscripción de la demanda y en el mismo se evidencia que señor Pedro Andrés Osorio Peña, demandado dentro de este proceso, no es el propietario del referido inmueble. Se advierte que este vendió la nuda propiedad del inmueble en favor de Yimi Andrés Loaiza Vélez (anotación No 15 del 22 de enero de 2018). De igual manera se observa que el demandado vendió el usufructo del inmueble en favor de José Cristóbal Loaiza Pineda y Noelva Vélez de Loaiza (anotación No 16 de 22 de enero de 2018)."

De lo transcrito se evidencia que en el auto impugnado se hace un pronunciamiento en el que se articula simultáneamente la medida cautelar con la inadmisión de la demanda, por lo que se hace la aclaración necesaria de que el presente recurso solo abarca lo referente al rechazo de la medida cautelar, en el entendido que sobre la inadmisión de la demanda propiamente dicha no cabría recurso alguno.

Dicho lo anterior, entonces se tiene que el argumento principal por el cual se produce el citado rechazo de la cautela estriba en la consideración que hace el operador de instancia en el sentido de que como esta se dirige a la inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria de un bien inmueble del cual el demandado no aparece actualmente como propietario ni como titular de ningún derecho real entonces, bajo lo establecido en el artículo 591 del CGP, resulta inviable. Esto, por cuanto dicha norma establece que lo siguiente: *"El registrador se abstendrá de inscribir la demanda si el bien no pertenece al demandado"*.

Lo primero que se advierte en dicha tesis es que esta no se hace referencia a la solicitud en si misma, sino en la eventualidad de que, si se decreta, entonces probablemente no proceda su registro en el folio inmobiliario correspondiente dada la circunstancia que el demandado, que fue propietario del inmueble pero que, posteriormente al contrato demandado, vendió su derecho a terceros, no aparece registrado como propietario en la actualidad.

Siendo así, fulge que lo que el despacho considera no es si la cautela como tal es viable sino si resulta eficaz. En ese sentido, su argumento se sale de las consideraciones jurídico procesales a las que debe remitirse para su admisión y se adentra en una eventualidad en la que ya la medida está decretada, lo que resulta contradictorio y ambiguo, por decir lo menos.

Este punto ya ha sido analizado en otras instancias, como es el caso de la Superintendencia de Notariado y Registro¹, a cuyos conceptos aquí nos remitimos:

*"El registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio, pero quien los adquiera con posterioridad estará sujeto a los efectos de la sentencia...". **La demanda debe inscribirse en aquellos casos en que el demandado es, o fue titular de derechos de dominio, excepto cuando se trate de demandas en procesos de pertenencia.**"* (Subraya y negrilla fuera de texto original)

Bajo esta premisa es fácil advertir que a la hora de realizar el registro inmobiliario de este tipo de medida cautelar esta resulta procedente y efectiva, aun en los casos en que el demandado no el actual propietario si no que lo haya sido en el pasado como titular del derecho de dominio sobre el bien inmueble objeto de la cautela.

Debe señalarse que la interpretación descontextualizada de una norma procesal produce una irregular aplicación de la normatividad y en una denegación absurda del derecho de postulación, como sucede en este caso. Dicha contextualización o concordancia implica analizar no solo la petición cautelar en si misma al momento de medir su pertinencia o procedencia, si no también el tipo de proceso y la naturaleza de la acción involucrados con el fin de establecer que su decreto o practica cumple la función garantizadora con la que dicho instituto ha sido dotado legalmente.

De allí que, como ya lo dijimos anteriormente, resulta oportuno hacer la distinción necesaria entre lo que es viabilidad o procedibilidad de la medida cautelar y lo referente a su eficacia al momento de su registro inmobiliario. El primer aspecto tiene que ver con los requisitos determinados en la ley para su decreto y con la evaluación de aspectos sustanciales y de fondo como lo son su necesidad, proporcionalidad y eficacia. Lo segundo, es una eventualidad que, si se explica bajo el contexto en que se toma la decisión de concederla, no debe producir rechazo alguno al momento de su registro, como bien se explica en la circular que citamos.

¹ Concepto no. 1433 de 2013

En el caso que se examina se tiene que la demanda tiene como pretensión principal la resolución por incumplimiento de los contratos de cesión de la opción de compra y del contrato de compraventa contenido en la escritura pública 1622 del 04 de Agosto de 2017 de la Notaría 15 de Cali. Como pretensión secundaria o derivada de la principal, específicamente las número cuarta y quinta de las pretensiones, se mencionan las restituciones mutuas usuales en estos casos, lo cual incluye la restitución material del inmueble a la parte demandante.

Generalmente, en virtud de la declaratoria judicial de resolución del contrato, las partes deben proceder a las restituciones mutuas, como si no hubiera existido dicho contrato. En este punto, debe tenerse en cuenta que muchas veces, al momento de presentarse el incumplimiento, la parte cumplida ya ha ejecutado total o parcialmente sus obligaciones contractuales, requisito este que es el que la legitima para incoar este tipo de acción. En el caso de la venta o la transferencia de derechos reales, este cumplimiento abarca también la entrega material y efectiva de la cosa vendida, lo cual implica la necesidad de asegurar que dicha cosa, una vez resuelto el contrato, pueda retornar a su propietario inicial.

En el caso presente la demandada cedió sus derechos sobre el inmueble y a cambio no recibió el pago del precio por parte del demandado, lo cual le generó un severo detrimento económico, por lo que se hace necesario garantizar, por lo menos, que se le restituía el derecho que tenía al momento de la celebración del contrato fallido. Es por esto que, mediante la medida cautelar solicitada, el demandante busca que este derecho sea salvaguardado bajo una cautela que garantice el retorno a su patrimonio de la cosa vendida en el caso de una eventual sentencia a favor de sus pretensiones.

También resulta obvio por las diferentes anotaciones que aparecen en el registro inmobiliario correspondiente que el demandado, una vez obtuvo a su nombre el derecho de dominio, procedió casi inmediatamente a transferirlo a terceros, lo cual resulta usual cuando se presentan circunstancias similares. En ese caso, de no ser posible solicitar medidas cautelares sobre bienes puestos en dicha circunstancia, entonces las acciones de tipo declarativo estarían destinadas a total incertidumbre frente a las pretensiones de restitución del derecho, pues el accionante no tendría forma alguna de asegurar que, generada a su favor sentencia favorable, el bien reclamado pudiese volver a su patrimonio.

Por ello, no resulta desproporcionada la solicitud de inscribir la demanda en folio respectivo, ya que esto, aunque no pondría al bien fuera del comercio ni

limita el libre uso y goce del bien, por lo menos evita que terceros de buena fe se involucren en transacciones o transferencias de ese mismo inmueble sin conocer la existencia de la reclamación judicial en ciernes. Y en cuanto al resarcimiento de perjuicios al demandado derivados de dicha inscripción, la ley preve la constitución de una caución cuya finalidad resarcitoria la estableció el legislador con el fin de que este aspecto eventual, de presentarse, estuviese debidamente cubierto.

Por lo demás, la cautela de inscripción de la demanda en bienes sujetos a registro se encuentra regulada bajo el artículo 590 del CGP, norma en la cual es notable la existencia de dos modalidades distintas:

“ART. 590.- 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.

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

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

La petición formulada en la demanda, dada la naturaleza de la acción que con ella se concreta, es la referida en el literal a), en cuyo texto no se hace referencia alguna a que el bien respectivo este a nombre de la parte demandada. Esto la diferencia de la del literal b), que se refiere a otro de tipo de acción y en cuya solicitud de haga referencia a que el bien por cautelar sea de propiedad del demandado. Por ello, resulta muy fácil concluir que lo consagrado en el artículo 591 del CGP solo resulta aplicable en los casos enmarcados dentro del literal b) y no en el que corresponde a la demanda presentada en este caso en particular.

Para mayor ilustración explicamos de forma esquemática a continuación la existencia de los requisitos legales para el decreto de la cautela de la que habla el literal a) del artículo 590 del CGP:

Requisitos:	Cumplimiento:
1. Que se trate de un proceso declarativo.	En efecto se cumple. En el escrito de demanda se manifiesta que se trata de un proceso declarativo verbal, y las pretensiones dan cuenta de que se trata de un asunto en esencia contencioso, que no se encuentra sometido a un trámite especial a la luz de lo establecido en el artículo 368 del Código General del proceso.
2. Que el demandante solicite la medida desde la presentación de la demanda.	En efecto se cumple. Desde la presentación de la demanda se solicitó esta medida (visible pág. 11 del libelo).
3. Que recaiga sobre bienes sujetos a registro	En efecto se cumple. La medida cautelar recae sobre el inmueble identificado con M.I. 370-79397. Para todos los efectos legales los bienes inmuebles son bienes sujetos a registro (art. 4 ley 1579 de 2012).
4. Que la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra sobre una universalidad de bienes.	En efecto se cumple. Si bien la pretensión principal consiste en la resolución del contrato, las pretensiones secundarias de restituciones involucran derechos reales sobre el inmueble identificado con M.I. 370-79397. (Ver comentario)

En conclusión, resulta claro que en este caso la solicitud de inscripción de la demanda cumple puntualmente con todos y cada uno de los requisitos legales exigidos, en mérito de lo cual es preciso reiterar que la medida cautelar deprecada resulta procedente y ajustada a derecho, por lo que no hay lugar para su rechazo.

PETICIÓN:

De conformidad con todo lo expuesto, de manera respetuosa solicitamos se sirva **REVOCAR PARCIALMENTE** el auto impugnado en lo concerniente a la decisión de rechazar la medida cautelar de inscripción de la demanda en el folio de matrícula del inmueble identificado con **MI 370-79397**.

En caso de que se deniegue esta solicitud, conforme a lo dispuesto en el **artículo 321 del CGP** solicito se nos conceda recurso de apelación para que sea el superior funcional quien decida sobre este asunto.

Cordialmente,


VICTOR OSWALDO PÉREZ ÁLVAREZ
C.C. 10.542.517
T.P. 85932 C.S.J.