

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrada Ponente: DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Radicado: 19142 31 89 001 2022 00053 01
Proceso: DECLARATIVO – RECONOCIMIENTO Y PAGO DE MEJORAS
Demandante: JOSE GERMAN HOYOS VASQUEZ¹ actuando en nombre propio y en representación de su hijo CAMILO ANDRES HOYOS REDONDO²
Demandado: ARIEL REDONDO PAQUE – DANNY REDONDO PAQUE – MIGUEL REDONDO PAQUE – MARIBEL REDONDO PAQUE – FERNANDO REDONDO PAQUE – LIZA MARIEL REDONDO OROZCO – VANESSA REDONDO OROZCO – NESTOR JAIR CORREA REDONDO, como HEREDEROS DETERMINADOS DE NESTOR JAIME REDONDO SILVA y LILIA BEATRIZ PAQUE CORDOBA, y demás HEREDEROS INDETERMINADOS de NESTOR JAIME REDONDO SILVA y LILIA BEATRIZ PAQUE CORDOBA
Asunto: Apelación auto que rechaza la demanda

Popayán, veinticinco (25) de julio de dos mil veintidós (2022)

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto de fecha 31 de mayo de 2022, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

El auto impugnado

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca, mediante auto del 31 de mayo de 2022³, resolvió rechazar la demanda, por cuanto la parte actora no subsanó las falencias anotadas en auto del 13 de mayo de 2022, en lo atinente a la conciliación extrajudicial dispuesta en el artículo 621 del C.G.P., luego que se advirtiera la improcedencia de las medidas cautelares solicitadas, por cuanto no corresponden a las enunciadas en el art. 590 del C.G.P. Que en este orden, le correspondía a la parte interesada allegar la constancia de haber agotado la conciliación como

¹ Correo electrónico: josegermanhoyos61@gmail.com – Móvil: 317 377 4898

² Correo electrónico: caanhore@gmail.com

³ Archivo “07RechazaDemandaNoSubsanoEnDebidaForma” del expediente digital

requisito de procedibilidad, o solicitar unas medidas cautelares procedentes, pues la Corte Suprema de Justicia ha precisado que ante la solicitud de medidas cautelares improcedentes en los procesos declarativos, *“las mismas no pueden ser reemplazadas como requisito de procedibilidad de la audiencia prejudicial de conciliación”* (CSJ STC3028-2020 del 18 de marzo de 2020, STC2459-2022 del 2 de marzo de 2022). Agrega, que la solicitud de restitución real de la mejora cuyo reconocimiento y pago se pretende, no comporta una medida cautelar, sino una anticipación a la prosperidad de las pretensiones, sin que la contraparte hubiere tenido la oportunidad de defender su derecho, por lo que la solicitud resulta poco razonable y desproporcionada, dado que el reconocimiento y el pago de la construcción es una asunto que debe debatirse al interior del proceso; razón por la que la medida resulta improcedente, siendo en la sentencia donde se define el derecho que reclama el demandante.

Que además, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6° del Decreto 806 de 2020, el demandante debía enviar la demanda y su subsanación a la parte demandada, lo que tampoco realizó, y es que de no conocer los canales digitales debía acreditar el envío de la demanda en físico y su correspondiente subsanación por mensajería confidencial al lugar de residencia de los demandados.

Fundamento de la impugnación

Contra la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, manifestando, que lo que busca es resguardar sus intereses y los de su representado, atendiendo la protección reconocida por el legislador mediante las medidas cautelares innominadas establecidas en el literal c) del numeral 1 del artículo 590 del C.G.P., las cuales se encuentran encausadas a *“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”*, advirtiendo, que la medida solicitada busca *“hacer cesar los daños causados”*, por lo que la restitución de la mejora es la forma más adecuada y razonable de hacer cesar el daño, ante el despojo realizado por los demandados, cuando la mejora fue construida junto con su esposa – YANETH REDONDO PAQUE, por lo que se encuentran reunidas las condiciones para decretar la medida cautelar, y sigue plenamente convencido de la viabilidad de la cautela solicitada; razón por la que insiste en el decreto y

práctica de la misma, pero de persistir el Juzgado en la improcedencia de la cautela, solicita que el funcionario establezca qué medida resulta razonable en procura de la protección de sus derechos. Que según se evidencia, lo que esperan los demandados es concluir el proceso de sucesión de JAIME REDONDO SILVA y LILIA BEATRIZ PAQUE, y una vez registrada la partición, enajenar el predio en el que se encuentran construidas las mejoras que hoy se reclaman, burlando de esa manera el derecho al reconocimiento y pago de las mejoras. En este orden, solicita se revoque el auto censurado, y en su lugar, se proceda a admitir la demanda y decretar la medida solicitada, o en su defecto, la que estime razonable.

Mediante proveído del 23 de junio de 2022⁴, el funcionario de conocimiento resolvió el recurso de reposición manteniendo incólume la providencia censurada, y en su lugar, concedió el recurso de apelación, advirtiendo, que la solicitud del accionante *“no puede considerarse una medida cautelar”* puesto que al ordenarse la restitución real de la mejora cuyo reconocimiento y pago se pretende en la demanda, no se estaría garantizando el cumplimiento de la sentencia, sino *“anticipándose a la prosperidad de las pretensiones”*, sin que la contraparte hubiere tenido la oportunidad de defender su derecho. Que en este orden, es una medida poco razonable y desproporcionado, pues el reconocimiento de la mejora y el pago de la construcción realizada en suelo ajeno, es algo que debe debatirse dentro del proceso, dado el carácter incierto de tal declaración, y siendo éste el objeto del litigio, al que se contraerá el debate probatorio, se mantiene la providencia censurada. Que en este orden, debía agotarse el requisito de procedibilidad de la conciliación, como se ha venido indicado dentro del presente asunto.

CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido el 31 de mayo de 2022 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto (Cauca), en virtud de lo dispuesto en los numerales 1º y 8º del artículo 321 del C.G.P.

Se procederá a resolver en esta oportunidad, si el auto que rechazó la demanda, emitido el 31 de mayo de 2022, se ajusta a los lineamientos

⁴ Archivo No. 09 “*ResuelveReposicionConcedeApelación*” del expediente digital

legales y jurisprudenciales, o si por el contrario, la decisión debe ser revocada.

Con el propósito de resolver de fondo el asunto, conviene precisar, que el derecho de acción y de acceso a la administración de justicia, se materializa a través de la demanda, como instrumento previsto por la ley para poner en marcha el aparato judicial, sin perjuicio del control previo que le corresponde realizar al funcionario de conocimiento, como Juez Director del Proceso, en aras de evitar una sentencia inhibitoria.

Entonces, si la demanda reúne los requisitos formales establecidos en la ley (artículos 82, 83 y 84 del C.G.P), y cumple con los requerimientos del artículo 6° del Decreto 806 de 2020, deberá ser admitida, de lo contrario, a términos del artículo 90 ibídem., el funcionario la inadmitirá, señalando los defectos de que adolezca, para que el demandante los subsane en el término de cinco (5) días. Si no lo hiciere, rechazará la demanda.

En este orden, corresponde a los demandantes presentar la demanda con el lleno de los requisitos legales, pues de lo contrario, el juez como Director del proceso en ejercicio del control previo sobre las actuaciones sometidas a su conocimiento, inadmite la demanda, señalando los defectos de que adolezca la misma, a fin de que el demandante tenga la oportunidad de subsanar tales irregularidades, so pena de su rechazo

Por su parte, el funcionario judicial también está facultado para rechazar de plano la demanda, cuando *“carezca de jurisdicción o de competencia o exista término de caducidad para instaurarla”* (artículo 90 del Código General del Proceso), y ante la ausencia del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 621 del Código General del Proceso, que reza: *“Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos declarativos...”*.

Descendiendo al caso concreto, se advierte, que JOSE GERMAN HOYOS VASQUEZ, actuando en nombre propio y en representación de CAMILO ANDRES HOYOS REDONDO, formuló demanda de reconocimiento y pago de mejoras contra ARIEL REDONDO PAQUE, DANNY REDONDO PAQUE, MIGUEL REDONDO PAQUE, MARIBEL REDONDO PAQUE, FERNANDO REDONDO PAQUE, LIZA MARIEL REDONDO OROZCO,

VANESSA REDONDO OROZCO, NESTOR JAIR CORREA REDONDO, como HEREDEROS DETERMINADOS de NESTOR JAIME REDONDO SILVA y LILIA BEATRIZ PAQUE CORDOBA, y demás HEREDEROS INDETERMINADOS de los mismos, solicitando se declare que los señores NESTOR JAIME REDONDO SILVA y LILIA BEATRIZ PAQUE CORDOBA, autorizaron a JOSE GERMAN HOYOS y YANETH REDONDO PAQUE (hija), a construir una casa sobre una parte del lote identificado con M.I. 124-4840 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Caloto, ubicado en el municipio de Corinto – Cauca en la carrera 9 entre calle 7 y 8 con nomenclatura 7-31/33/35/37 de propiedad de la señora LILIA BEATRIZ, y en consecuencia, se ordene a los herederos reconocidos en el proceso de sucesión de NESTOR JAIME y LILIA BEATRIZ, pagar la suma de \$494.434.120,00 m/cte, como precio de la edificación, a la sociedad conyugal en estado de liquidación conformada por JOSE GERMAN HOYOS VASQUEZ y YANETH REDONDO PAQUE, suma que deberá ser indexada a la fecha de la sentencia, sin perjuicio del pago de intereses moratorios, y el derecho de retención de la edificación en favor del demandante hasta cuando se pague enteramente el crédito, para lo cual, se ordenará a los demandados restituir el bien a los demandantes dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

En escrito separado, la parte demandante solicitó como medida cautelar, la inscripción de la demanda en el folio de M.I. 124-4840 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Caloto – Cauca, señalando, que si bien la demanda no versa sobre el dominio del bien inmueble, de resolverse favorablemente las pretensiones, la libre disposición del dominio estaría afectada ante el reconocimiento del derecho de retención, y aun cuando no se persigue el pago de perjuicios provenientes de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, por analogía la medida es procedente, dado que se pretende el pago de mejoras sustentadas en el inmueble sobre el que recaería la medida. Que de no accederse a la inscripción de la demanda, atendiendo lo dispuesto en el literal c) del numeral 1 del artículo 590 del C.G.P., se ordene *“preventivamente la restitución real de la mejora cuyo reconocimiento y pago pretendemos en la demanda, de la cual fuimos violentamente despojados el 23 de enero de 2020”,* y en el evento, de no hallarse procedente ninguna de las medidas antes solicitadas, pide al Juez decretar “cualquier otra que de acuerdo a lo expresado en el mencionado literal c) del numeral 1° del artículo 590 del

C.G.P., “...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 lo cual habrá de apreciarse la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho”⁵.

Por auto emitido el 13 de mayo de 2022⁶, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto (Cauca), inadmitió la demanda, señalando entre otros defectos, que las medidas cautelares solicitadas son improcedentes, puesto que no corresponden con el enunciado del art. 590 del C.G.P., dado que las pretensiones de la demanda no versan sobre el dominio u otro derecho real principal, sino *“en relación al pago de mejoras, en virtud de la construcción en suelo ajeno”*, y tampoco se persigue el pago de perjuicios derivados de la responsabilidad civil, por lo que las medidas no tienen vocación de prosperidad, y mal puede no agotarse la conciliación como requisito obligatorio para acudir a los estrados judiciales. Agrega, que la medida de carácter innominada, consistente en *“ordenar preventivamente la restitución real de la mejora”* es *“una de las pretensiones formuladas en la demanda que debe ser objeto de la decisión de fondo, además, de que el demandante no señala cual es “la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho”, tampoco cuál es su necesidad, ni de qué manera se encuentra en peligro el derecho objeto del litigio o cuales son los daños que se pretenden prevenir o hacer cesar, que hagan procedente la aplicación de lo dispuesto por el parágrafo 1º del artículo 590 del Código General del Proceso, ya que del libelo demandatorio se extrae que los hechos del despojo ocurrieron hace 2 años (23 de enero de 2020)”*, y en tal sentido, no es procedente solicitar cualquier medida, con el fin de agotar la conciliación prejudicial, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil [CSJ STC3028-2020 y STC2459-2022]. Que en este orden, corresponde al demandante agotar la respectiva conciliación extrajudicial conforme lo establece la Ley 640 de 2001.

Así mismo, se advirtió que en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, la demanda debe dirigirse junto con el escrito de subsanación que se presente al correo electrónico o la dirección física a los demandados, aportando las evidencias de su remisión, situación que

⁵ Archivo No. 02 “SolicitudMedidaCautelar” del expediente digital

⁶ Archivo No. 05 “AutoInadmiteDemanda” del expediente digital

omitió la parte demandante. También, en relación con las pretensiones de la demanda, se indicó, que las pretensiones 3° y 4° se excluyen entre sí [solicitando indexación e intereses moratorios]; los hechos no se ciñen a lo dispuesto en el num. 5° del art. 82 del C.G.P. [son confusos, no corresponden con las pretensiones], resaltando, que en la escritura allegada, el demandante está vendiendo el terreno, la construcción y todas sus anexidades a LILIA BEATRIZ PAQUE CORDOBA, siendo contradictorias las pretensiones, pues la mejoras que se reclaman parecen haber sido enajenadas mediante escritura pública. Aunado, se alude a un despojo, cuando el demandante desistió de las pretensiones de la demanda de pertenencia; se debe adecuar el juramento estimatorio, discriminando cada uno de los conceptos, y no se indica el canal digital al que pueden ser notificados los demandados, entre otros aspectos.

En escrito allegado por la parte demandante al correo electrónico del Despacho el 23 de mayo de 2022⁷, con el propósito de subsanar las falencias anotadas por el Juzgado, manifestó, frente a la remisión de la demanda a los demandados, que *“por el momento no se procederá a hacerlo puesto que insistiremos en el decreto y práctica de medidas cautelares y en ese caso resulta exculpada dicha obligación conforme al inciso 4 del mencionado artículo 6 del Decreto 806 de 2020”,* y en relación con las medidas cautelares, refiere *“dejar muy claro que no ha sido ni será costumbre mía evadir las obligaciones procesales mediante acciones irresponsables, como se insinúa en auto sobre inadmisión de la demanda al afirmar que “De otro lado, se infiere que la parte demandante pretende la solicitud de cualquier medida cautelar, con el fin de no agotar la conciliación prejudicial como requisito para presentar ésta demanda”, pero, no es así, señor Juez; cuando solicité decretar y practicar medidas cautelares, lo hice plenamente convencido y aún lo estoy, de su viabilidad legal, diferente a la improcedencia por inviabilidad a que hacen referencia las jurisprudencias que sirvieron para fundamentar el mencionado auto. Mas, teniendo en cuenta que no se trata en este caso de la negación de las medidas cautelares, sino apenas de la advertencia de que las solicitadas no se consideran viables, sustituiré la solicitud excluyendo las pretendidas conforme al artículo 590-1-a) y b) del CGP, pero insistiré en las innominadas a que se refiere el literal c), porque estoy plenamente seguro de su viabilidad”.* También, frente a las pretensiones, aduce, que es viable el reconocimiento de intereses de mora desde la fecha siguiente al día en que debe realizarse el pago; que en relación con los hechos, considera no hay ninguna confusión; que a la

⁷ Archivo No. 06 “Subsanacion Demanda” del expediente digital

fecha de otorgamiento de la escritura el predio soportaba una casa de bareque y un local con paredes en ladrillo, incluidos en la compraventa, pero con posterioridad, junto con su esposa YANETH y la autorización de su suegra LILIA BEATRIZ PAQUE, demolieron la casa antes mencionada, para dar paso a la nueva construcción, de la cual fueron despojados violentamente por los demandados, y concretó el juramento estimatorio, entre otros requerimientos.

En escrito separado, insiste el demandante, en el decreto de la medida cautelar de *“restitución real de la mejora cuyo reconocimiento y pago pretendemos en la demanda, de la cual fuimos violentamente despojados por varios de los demandados, privándonos de esa manera del derecho de retención consagrado en el artículo 739, inciso 2° del Código Civil. En la realización de la medida, si es necesario, debe hacerse uso moderado de la fuerza pública, y hacer la entrega al suscrito abogado JOSE GERMAN HOYOS como demandante y apoderado DE CAMILO ANDRES HOYOS REDONDO. **Esta medida, si bien coincide con una de las pretensiones de la demanda**, ninguna oposición surge entre una y otra, ni su decreto y práctica desde ningún punto de vista, opino yo, puede tomarse como prejuizgamiento, entre otras razones, por ser una pretensión secundaria”, pero de no hallarse procedente la misma, reclama del funcionario “decretar cualquiera otra que, de acuerdo a lo expresado en el mencionado artículo literal c) del artículo 590-1, “... 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 lo cual habrá de apreciarse la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho”.* Además, como prueba de la apariencia de buen derecho se allega un caudal probatorio documental con el que se acredita la existencia de la mejora, elaborada con autorización de la propietaria del terreno, y con recursos propios del demandante y su cónyuge.

Seguidamente, el Juzgado mediante proveído del 31 de mayo de 2022⁸, procedió a rechazar la demanda, toda vez que al no ser procedente la medida cautelar solicitada de *“restitución real de la mejora cuyo reconocimiento y pago se pretende en la demanda”*, correspondía a la parte demandante agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación, y así mismo, tampoco se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 6° del Decreto 806 de 2020, dado que no se envió la demanda y su subsanación

⁸ Archivo No. 07 “Rechaza Demanda No Subsano en Debida Forma” del expediente digital

a la parte demandada. Decisión, contra la que se interpuso el recurso de apelación que ocupa la atención del Despacho en esta oportunidad.

Con el propósito de resolver el asunto, téngase en cuenta que el artículo 590 del C.G.P., que regla las medidas cautelares en procesos declarativos, prevé:

“En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

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.

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.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará 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.

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 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.

(...)

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.

PARÁGRAFO PRIMERO. En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad. (...)

En relación con el precepto en comento, Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia STC3917 del 23 de junio de 2020, señaló:

“...Aunado a lo anterior, se destaca, el literal c) de la norma en cita, prevé otras cautelas posibles en decursos declarativos. Así, señala como tales

“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.

“Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar 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 (...).”

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 litigio⁹....”

La Corte Constitucional, al declarar inexecutable el literal d) del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011¹⁰, en la sentencia C-835 de 2013, sobre las mismas, advirtió:

“(...) [E]n el ordenamiento jurídico colombiano hay cabida para una serie de medidas cautelares atípicas o innominadas, novedosas, que además de no ser viables de oficio, solo pueden imponerse por el juez en ciertos procedimientos para proteger derechos litigiosos, prevenir daños o asegurar la efectividad de las pretensiones, dentro de parámetros que para su imposición, son claramente delineados por el legislador.

“Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando

⁹ CSJ. STC de 11 de febrero de 2013, exp. 11001 22 03 000 2012 02009 01, STC16248-2016 de 10 de noviembre de 2016, exp. 68001-22-13-000-2016-00415-02 y STC1302-2019 de 8 de febrero de 2019, exp. 11001-22-10-000-2018-00699-01

¹⁰ “ARTÍCULO 30. MEDIDAS CAUTELARES. El Director de la Unidad Administrativa Especial –Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior podrá adoptar, en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control y mediante resolución motivada, las siguientes medidas cautelares inmediatas: (...) d) Cualquiera otra medida que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control (...).”

***hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra' (...)"...."*¹¹.**

También, la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil en sentencia STC7262-2016 del 02 de junio de 2016, ya se había referido a la improcedencia del decreto de medidas cautelares típicas ajenas al proceso declarativo, so pretexto de dar aplicación a lo normado en el literal c) del numeral 1º del artículo 590 del C.G.P., en los siguientes términos:

“Por otra parte, y en lo que toca, ahora sí, con la cautela suplicada, como en el artículo 590 del citado Estatuto Procesal, el legislador consagró como medidas cautelares para los procesos declarativos, únicamente, las allí anunciadas, no es viable pedir, como lo pretende la accionante, el decreto de alguna de las previstas para los demás trámites judiciales, aduciendo que es innominada por el simple hecho de ser distinta a las consagradas en los literales a y b del mentado canon, pues ello pervertiría su espíritu, en la medida que, de permitirse tal intelección, ya no sólo serían procedentes aquéllas, sino también todas las demás, bajo el ropaje, precisamente, de innominadas, lo cual difiere de la filosofía que inspiró al legislador para promulgar dicha norma, por lo que, en ese sentido, si la interesada no hizo uso de las cautelas que procedían en esta especie de actuación, mal podía el juez de la causa acceder a lo pedido, menos sí, y sin que se entre a analizar si las innominadas aplican en subsidio de las típicas, **no justificó la improcedencia de las primeras o la necesidad de su concomitancia”¹².**
(Resaltado fuera del texto)

De igual manera, la Sala de Decisión Civil-Familia de esta Corporación, en providencia del 5 de septiembre de 2018, previo análisis doctrinal y jurisprudencial sobre las medidas cautelares a que alude el literal c) del numeral 1º del artículo 590 del C.G.P., concluyó: *“...el legislador estableció en el artículo 590 del C. G. del Proceso de manera específica las cautelas en los procesos declarativos, sea que la pretensión verse sobre dominio u otro derecho real principal (sujeto a registro o sobre bienes muebles no sujeto a registro), siendo procedente la inscripción de la demanda o el secuestro del bien; o que se persiga la indemnización de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, en cuyo evento es viable la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado. Así mismo, con las cautelas específicas en comento, coexisten las medidas cautelares innominadas (literal c) del numeral 1 ibídem), que como se ha venido indicando, son las no previstas en la ley, sin nomen que las determine, que requieren petición de parte, y exigen del demandante una mayor carga argumentativa, en el sentido de persuadir al juez de que le asiste el derecho que reclama, pues no de otra manera, el funcionario podrá encontrar “razonable” la*

¹¹ CSJ STC3917-2020, 23 jun. 2020, Radicación N.º 11001-02-03-000-2020-00832-00

¹² Radicado No. 17001-22-13-000-2016-00117-01 MP. Álvaro Fernando García Restrepo, se controvierte en sede de tutela la negativa del Juzgado Sexto de Familia de Manizales de decretar la medida cautelar de embargo de los dineros depositados por el demandado en sus cuentas bancarias, dentro del proceso de alimentos que la accionante sigue contra su cónyuge (Sin salvamentos devoto)

protección reclamada. De ahí, que se impone el estudio de aspectos tales como: La legitimación o interés para actuar de las partes, la existencia de amenaza o vulneración del derecho, así como la apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris), la necesidad, efectividad, y proporcionalidad de la medida”¹³.

Descendiendo al caso concreto, estima esta Magistratura, le asiste razón al funcionario de primer grado, cuando aduce que *“la medida solicitada en el caso bajo estudio, no puede considerarse una medida cautelar, puesto que al ordenarse “la restitución real de la mejora cuyo reconocimiento y pago se pretende en la demanda”, no se estaría garantizando el cumplimiento de la sentencia sino anticipándose a la prosperidad de las pretensiones, sin que la contraparte hubiere tenido la oportunidad de defender su derecho,...el reconocimiento de la mejora y consecuente pago de la construcción en suelo ajeno solicitada, es algo que debe debatirse dentro del proceso...”*. Lo anterior, dado el carácter incierto del derecho cuya declaración se persigue, y como lo reconoce el propio demandante, la medida solicitada, *“coincide con una de las pretensiones de la demanda”*, que independiente de su carácter secundario, está sujeta a la decisión de fondo del conflicto, cuyo objeto no es propiamente la restitución de la mejora, sino el pago del valor de la edificación, levantada a ciencia y paciencia del dueño del terreno [como lo asegura el demandante]. De ahí, que la restitución de la mejora en comento, no se muestra en estricto sentido necesaria.

Además, hasta ahora sólo se conoce la tesis del demandante, quien asegura que con la aquiescencia de la señora LILIA BEATRIZ PAQUE, como propietaria del terreno, el demandante junto con su esposa – YANETH REDONDO convinieron en demoler la vieja construcción existente sobre el predio, para levantar una nueva edificación, que en adelante sería la casa de la familia HOYOS-REDONDO, *“asumiendo el compromiso de permitir en ella”* la residencia de los padres de YANETH por el resto de sus vidas, *“a título de pago del terreno cedido para la obra”*, con un área total de 548 metros², compuesta de dos pisos y un altillo; obras que igualmente se realizaron a ciencia y paciencia de los herederos, siendo asumidos los costos por la familia HOYOS-REDONDO, quienes siempre disfrutaron del inmueble y del local comercial construido en la primera planta, y después del deceso de YANETH REDONDO y sus

¹³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán – Sala Civil Familia, 5 sep. 2018, rad. No. 19532-31-12-001-2018-00012-01

progenitores, la mejora y el terreno continúo en cabeza del cónyuge sobreviviente JOSE GERMAN HOYOS VASQUEZ y de sus hijos JESSICA VALENTINA y CAMILO ANDRES HOYOS REDONDO, posesión que ejercieron hasta el 23 de enero de 2020, cuando fueron despojados violentamente, y el inmueble fue incluido como activo en la sucesión de LILIA BEATRIZ PAQUE y NESTOR JAIME REDONDO, incluida la construcción en comento, que está avaluada en la suma de \$494.434.120 m/cte.

Nótese, que si bien acceder al decreto de una medida cautelar innominada no comporta un prejuzgamiento, dado que se exige una carga persuasiva en el demandante, acompañada de los elementos de juicio que ofrezcan apariencia de buen derecho a sus pretensiones, en todo caso, en el *sub-examine*, bajo el tamiz del literal c) del numeral 1 del art. 590 del C.G.P., no refulge con claridad que *“el actor sea el titular del derecho subjetivo que se invoca en la demanda”*, de manera exclusiva, pues aun cuando reclama los derechos sobre las mejoras, en su propio nombre y en el de su hijo CAMILO ANDRES HOYOS REDONDO, nada se dice sobre el eventual derecho que igualmente le asiste a la señora JESSICA VALENTINA HOYOS REDONDO, y es que finalmente, tampoco se acreditó la eventual adjudicación de tales derechos en el juicio de sucesión de la señora YANETH REDONDO PAQUE. Aunado a lo anterior, que bien indicó el Juez a-quo, que más que garantizarse el cumplimiento de la sentencia, estaría *“anticipándose a la prosperidad de las pretensiones”*, sin que la contraparte hubiere tenido la oportunidad de defender su derecho, pues hasta el momento no ha sido vencida en juicio, en el que se propende por el pago de la construcción plantada en suelo ajeno, y el derecho de retención, previa restitución del bien por parte de los demandados, lo que en principio, no se muestra necesario ni procedente, dado que el inmueble no ha sido adjudicado a los demandados dentro del juicio de sucesión -o por lo menos, ninguna prueba demuestra lo contrario-.

Finalmente, y aun aceptándose en gracia de discusión, la medida cautelar que rotula el demandante: *“restitución real de la mejora cuyo reconocimiento y pago se pretende en la demanda”*, estima la suscrita Magistrada, que la misma se acompasa con un *“embargo”* de los derechos derivados de las mejoras, al amparo del artículo 593 del C.G.P., y por lo tanto, no siendo ésta una verdadera medida cautelar innominada, ninguna

procedencia encuentra su solicitud, y menos aún, puede exigirse al funcionario de conocimiento *“decretar cualquier otro que, de acuerdo a lo expresado en el mencionado artículo literal c) del artículo-1, “...encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio la medida cautelar que considere pertinente a efectos de salvaguardar el derecho perseguido”*, cuando el decreto de medidas cautelares exige petición de parte, regla general, de la que no está exenta las medidas innominadas, porque como reiteradamente lo ha indicado la doctrina el juez de oficio no puede *“inventar o decretar la medida que en su parecer sea apropiada, sin que haya petición de parte”*. De este modo, tratándose de un *“embargo”* de los derechos derivados de las mejoras, tal pedimento no encaja en el evento previsto en el literal c) del numeral 1 del art. 590, y por consiguiente, cualquier disquisición sobre los elementos que determinan el decreto de una medida cautelar innominada, resulta inane.

En este orden de ideas, estima la Sala, que so pretexto de la prevalencia del derecho sustancial y el principio de eficacia de la administración de justicia, no es admisible dentro del proceso declarativo el decreto de medidas típicas o nominadas, bajo el ropaje de una cautela innominada, pues de haber sido ésta la intención del Legislador, claramente así lo habría expresado, admitiendo sin ambages, la procedencia de cualquier otra medida cautelar prevista en el Código.

Por último, conviene precisar, que si bien el párrafo 1° del artículo 590 del C.G. del Proceso, permite acudir directamente ante el juez, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares, en todo caso, la petición de medidas cautelares debe ser razonadamente procedente, pues no se trata de eludir el cumplimiento del requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción ordinaria, invocando la práctica de una medida cautelar.

Así las cosas, avalando esta Corporación la tesis, según la cual, con fundamento en lo previsto en el numeral 1° literal c) del artículo 590 del C.G.P., no es procedente decretar la medida cautelar denominada *“restitución real de la mejora cuyo reconocimiento y pago se pretende en la demanda”*, y no habiendo agotado la parte actora la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción, se impone confirmar la providencia apelada de fecha 31 de mayo de 2022, sin más disquisiciones frente a los demás reparos planteados.

Condena en costas

De conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas a la parte apelante (demandante), por no haberse causado las mismas.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la suscrita Magistrada de la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán,

RESUELVE

Primero: Confirmar lo dispuesto en el auto apelado de fecha 31 de mayo de 2022, proferido por el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE CALOTO (CAUCA), por las razones indicadas en el presente proveído.

Segundo: Sin condena en costas a la parte apelante.

Tercero: Devolver las actuaciones al Juzgado de origen, previas las desanotaciones correspondientes.

Notifíquese y cúmplase,



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN SALA CIVIL FAMILIA
En la fecha se notifica por ESTADO No. _____ el auto anterior, Popayán, _____ fijado a las 8 a.m.
_____ MARIA LEONOR ECHEVERRY LOPEZ SECRETARIA