



SALA UNITARIA DE DECISIÓN

Medellín, veinte de abril de dos mil veintitrés

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 17 de marzo de 2023 dentro del proceso verbal de la referencia.

1. ANTECEDENTES

- 1.1** PAOLA CATALINA ARROYAVE ORTÍZ promovió proceso contra DL TALLE DE ARQUITECTURA SAS, OPUESTERRA SAS y SIMÓN VELÁSQUEZ SANÍN pretendiendo el cumplimiento por equivalencia de un contrato de obra por administración delegada celebrado entre las partes.
- 1.2** Por auto del 17 de marzo de 2023- archivo 20 del expediente digital- se decretó la inscripción de la demanda sobre un inmueble de propiedad del codemandado SIMÓN VELÁSQUEZ SANÍN y se negó el decreto de la medida de embargo y secuestro que se solicitó respecto de las cuentas bancarias de las sociedades demandadas.
- 1.3** La parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación sosteniendo ser medidas proporcionales, necesarias y tener apariencia de buen derecho al confrontarlas con las pretensiones y en aplicación de las disposiciones del artículo 590 del CGP es procedente que en un proceso declarativo se decrete el embargo y secuestro sin que sea la inscripción de la demanda la única cautela posible con que

cuenta el deudor, al efecto trajo a colación precedentes de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y de este Despacho.

1.4 Por auto del 28 de marzo de 2023- archivo 27 del expediente digital- el Juzgado resolvió el recurso de reposición manteniendo la decisión inicial al considerar que por la naturaleza de la pretensión lo procedente es la medida cautelar de inscripción de la demanda, reservándose el embargo y secuestro para los juicios de ejecución.

2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

¿Es procedente decretar la medida cautelar pretendida por la parte demandante?

3. CONSIDERACIONES

En lo tocante con las medidas cautelares en procesos declarativos, es pertinente tener presente lo prescrito en el artículo 590 del CGP que contiene supuestos diferentes para que se acceda a su práctica, los cuáles, de acuerdo con los hechos de la demanda, las pretensiones y las pruebas allegadas, entre otros, hay que evaluar en cada situación en concreto, al decir que:

“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.

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

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.

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.

Parágrafo segundo. Las medidas cautelares previstas en los literales b) y c) del numeral 1 de este artículo se levantarán si el demandante no promueve ejecución dentro del término a que se refiere el artículo 306.”

(Subrayas propias).

De tal manera, que cuando estamos en presencia de un proceso declarativo, básicamente se pueden decretar tres (3) tipos de medidas cautelares, a saber, (i) la inscripción de la demanda si esta versa sobre el dominio u otro derecho real, (ii) la inscripción de la demanda cuando se persiga el pago de perjuicios proveniente de responsabilidad civil contractual o extracontractual y (iii) las innominadas.

Sobre los requisitos que deben acreditarse para el decreto de este tipo de medidas- según el artículo 590 del CGP - la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dispuesto:

“1. La apreciación de la legitimación o interés para actuar de las partes, pues el juez debe examinar si la parte demandante es, en efecto, titular del derecho subjetivo que se reclama en la demanda.

2. La existencia la amenaza o vulneración del derecho, es decir, el periculum in mora o la amenaza del daño por el peligro en la demora del proceso.

3. La apariencia de buen derecho o el fumus boni ius, lo cual significa que es “el decreto del demandante más probable que el del demandado. La verosimilitud, esto es, la viabilidad de que se acceda a los pedimentos de la demanda, depende del contenido del derecho material de la “alegación”, el cual debe ser identificado con base en la tutela pretendida y en los fundamentos indicados para su obtención.

4. La necesidad de la medida y la efectividad de la misma significa que esta debe ser imperioso, en aras de garantizar el cumplimiento de la sentencia; por tanto, debe ser una medida afín con lo pedido y que impida la vulneración de los derechos amenazados.

5. La proporcionalidad de la medida, lo cual quiere decir que “según lo pedido y cuantificado en la demanda, debe ser razonable, acompasada con el monto de la pretensión para que no resulte exagerada. El juez debe ponderarla decretando aquella cautela que se ajuste al caso concreto, sin olvidar que el demandado no ha sido condenado, y que a la vez sirva para materializar la pretensión en caso de llegar a ser vencido.”¹

Como se ataca el auto que negó el decreto del segundo grupo de medidas cautelares referentes al embargo y secuestro de las acreencias que tiene por cobrar DL TALLE DE ARQUITECTURA SAS a BIENES & BIENES dentro del proceso Reserva San Juan Suites y los dineros que se depositaren en la cuenta corriente 31996111886 de Bancolombia cuyo titular es OPUSTERRA SAS, se determinará si es procedente su decreto bajo el rubro de medidas innominadas como lo pretende la parte demandante.

Las medidas innominadas fueron planteadas en el Código General del Proceso para que el Juez y las partes tuvieran un alcance superior sobre las formas como podrían garantizar el cumplimiento de una efectiva condena, siempre

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto del 7 de septiembre de 2019. Radicado: 2500-23-41-000-2015-00456-07 de septiembre de 2019. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

que fueran acordes con la naturaleza de la pretensión, resultaran proporcionales y tuvieran apariencia de buen derecho.

Así, la inscripción de la demanda sigue instituida para los procesos declarativos, declarativos y de condena, al tiempo que el embargo y secuestro fue pensada para los de ejecución, sin que ello impida que en el trámite de los procesos declarativos se decrete la retención, congelación, el depósito, entre otras, de dineros como exteriorización de una medida innominada.

Sobre el asunto particular, la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela puntualizó:

“Frente al tipo de medida que se decretó- embargo- tampoco advierte esta Corporación que la aplicación literal c) del numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, norma en la que basó su decisión el Tribunal de Arbitramento, conlleve una interpretación arbitraria y caprichosa, pues, de acuerdo con la remisión consagrada en el citado artículo 32, tras colegir el carácter declarativo de la controversia si se hubiese sometido a la jurisdicción ordinaria, concluyó la necesidad de acudir al mencionado aparte normativo, el cual confiere la posibilidad de decretar 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.

Por consiguiente, bajo su propia autonomía y con la independencia que caracteriza su proceder, el órgano arbitral determinó razonadamente que el embargo era la medida idónea y eficaz para proteger los intereses del demandante, dado que el contenido de su pretensión recaía exclusivamente

en la distribución y asignación a su favor de las utilidades generadas durante el tiempo que ha persistido el acuerdo de colaboración.”²

Más allá de la literalidad de la procedencia de las medidas, debe atenderse a los parámetros generales que las rigen, a la necesidad y proporcionalidad de la medida de cara a las pretensiones de la demanda, lo cual no se justificó por el Juzgado al momento de negar el “embargo de las cuentas”, sin tenerse en cuenta que la cuantía de las pretensiones ascienden a CUATROCIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$440’000.000) y sólo está vigente el decreto de la inscripción de la demanda sobre el porcentaje de propiedad que tiene SIMÓN VELÁSQUEZ SANÍN en el inmueble con matrícula No. 014-15262 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Jericó.

Por ello, el Juzgado debe ahondar en el análisis para determinar cuál de las cautelas pedidas tiene la virtualidad de generar garantía sobre el dinero que pretenden la demandante como cumplimiento por equivalencia del contrato celebrado con los demandados; por lo que el decreto de medidas innominadas (las pedidas o aquellas moduladas por el Juez), debe analizarse en cada caso concreto, resultando contrario a su naturaleza exigir una consagración legal expresa o ceñirse a un listado cerrado en tanto no encuadraban en las nominadas y típicas.

Para establecer su procedencia, el Juez debe evaluar (i) la legitimación o interés para actuar de las partes, (ii) la existencia de amenaza o vulneración del derecho, (iii) la apariencia de buen derecho y (iv) la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de noviembre de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Radicado: STC 16248-2016.

Para el asunto que se evalúa, (i) la demandante goza de legitimación al ser la directamente afectada con el incumplimiento del contrato de obra celebrado por ella con los demandados y ello hace que tenga interés para reclamar se ordene el cumplimiento por equivalente del contrato, lo cual se tasa en CUATROCIENTOS CUARENTA MILLONES PESOS (\$440'000.000)

(ii) Sobre la amenaza o vulneración del derecho, desde los hechos de la demanda se planteó la posibilidad que DL TALLER DE ARQUITECTURA SAS y OPUSTERRA SAS entren en un estado de insolvencia defraudando los intereses económicos y tornando inane cualquier condena en su contra dada la falta de capacidad económica para asumir una obligación pecuniaria.

(iii) De la mano de los argumentos anteriores se erige la apariencia de buen derecho, desde las pruebas documentales presentadas se demostró el estado en que las demandadas dejaron la casa cuya construcción se encomendó a través del contrato de obra, se colige que la edificación está incompleta y no se compadece con lo inicialmente acordado; sin el ánimo de prejuzgar y atendiendo a que resta el debate probatorio, en principio las pretensiones de la demanda tienen apariencia de buen derecho.

(iv) En punto de la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad el Juzgado debe emprender un estudio exhaustivo del alcance de la medida nominada decretada sumado a las innominadas que se pudieran decretar para garantizar en el futuro la efectividad de la condena; si el del caso adecuar la caución que se ordenó prestar; entre otros.

Considerando que lo buscado es el cumplimiento por equivalencia con el consecuente pago de CUATROCIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$440'000.000) y del pago de otros valores; así, goza de vigencia el extracto de la norma, ***“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”; siendo el Juez el encargado de determinar la forma más conveniente en aras de satisfacer los derechos de la demandante en el evento de una sentencia favorable y para materializar su cumplimiento.

Con base en lo expuesto, el auto atacado no respondió con el examen de los presupuestos normativos; por ello que deberá abordarlos, para determinar la procedencia o no de la medida innominada, y en el evento que los cumpla, fijar su alcance, naturaleza, duración y la cautela que debe prestar la interesada.

En consecuencia, se REVOCARÁ el auto de la referencia y se ordenará al Juzgado que evalúe la procedencia de la medida innominada en los términos expuestos y bajo los parámetros establecidos, y en caso de proceder determinar su alcance y duración.

DECISIÓN

La SALA SEGUNDA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN,

RESUELVE

Por las razones expuestas, se **REVOCA** el auto del 17 de marzo de 2023, en su lugar, se ordena al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín que evalúe la procedencia o no de las medidas cautelares de acuerdo con los parámetros legales.

05001-31-03-005-2023-00055-01

Verbal

Demandante: Paola Catalina Arroyave Ortiz

Demandado: DL Taller de Arquitectura SAS y otros

Decisión: REVOCA AUTO. En aplicación del literal c del artículo 590 del CGP el Juez debe estudiar la medida cautelar como una innominada y determinar su procedencia, modulación y determinación de cara a las pretensiones de la demanda, procurando su racionalidad, proporcionalidad y buen derecho.

NOTIFÍQUESE POR ESTADOS Y ELECTRÓNICAMENTE.



RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ

MAGISTRADO