



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 marzo de dos mil veintitrés.

PROCESO	Verbal (Posesorio agrario).
DEMANDANTE	Evelio Antonio Sepúlveda Sepúlveda.
DEMANDADO	María Yolanda Flórez Sánchez y otros.
PROCEDENCIA	Juzgado Civil del Circuito de Girardota.
CUDR	05308-31-03-001–2022-00193-01.
RADICADO INTERNO	113-22.
PROVIDENCIA	070-23.
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 solicitud 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 del demandante Evelio Antonio Sepúlveda Sepúlveda, en contra del auto del trece de septiembre de 2022, en lo atinente a la medida cautelar innominada decretada por el Juzgado de primera instancia.

ANTECEDENTES

1.- Hechos y pretensiones. Ante el Juzgado Civil con Conocimiento de Procesos Laborales de Girardota, el señor Evelio Antonio Sepúlveda Sepúlveda presentó demanda verbal posesoria contra de María Yolanda Flórez Sánchez, Víctor Raúl Bustamante Valencia y Juan José Flórez Murillo, la cual fue admitida

por auto del 13 de septiembre de 2022.

2.- El auto apelado. Dentro del mismo auto admisorio, en atención a la petición de la parte actora, en el sentido de que *“se decrete la medida cautelar innominada que en su prudente y sano juicio considere necesaria, efectiva y proporcional, determinando su alcance y duración que permita conjurar la grave y ostensible actuación de los demandados en el proceso de la referencia...”*, el juzgado Civil con Conocimiento de Procesos Laborales del Girardota, ordenó a las *“partes mantener la paz y el orden público, hasta tanto se resuelva el presente litigio...”*.

3.- La apelación. Oportunamente el apoderado del actor interpuso recurso de reposición y subsidio de apelación, argumentando que son los demandados los que por vías de hecho vinieron a perturbar no solo la posesión material ejercida por el señor Evelio Sepúlveda, por tanto, las medidas cautelares no deben involucrar al accionante, sino únicamente a los demandados.

Advirtió que, no se podía perder de vista que el juez, como director del proceso y administrador de justicia en representación del Estado, desempeña una función muy importante dentro del proceso judicial en el tema de medidas cautelares innominadas que solicitan las partes, en tanto debe verificar su relevancia, pertinencia, conducencia y necesidad, de manera que se garantice la futura solución con efectividad de los derechos de las partes, sin afectarlas infundadamente.

En su sentir, lo que determinó como medida innominada el juzgado de primer grado, fue una simple exhortación de comportamiento de las partes, lo que desdice del verdadero alcance de la que tenga por efecto contrarrestar la altiva actitud de los demandados.

Dijo que los acá demandados no solo han desatendido en forma desafiante la intervención policiva en el conflicto objeto del proceso, sino la que posteriormente se radicó a través de la querella civil de policía; y en ese sentido, con fundamento en esta actitud, la exhortación realizada no será efectiva.

En consecuencia, frente al efecto útil de la norma que consagra el literal c) del artículo 590 del C. General del Proceso, deprecó que se provea una medida cautelar innominada no solo concreta sino realmente eficaz.

4.- Decisión de la reposición. En proveído del nueve de noviembre de 2022, el Juzgado de primera instancia mantuvo incólume la decisión cuestionada, aduciendo que a todos incumbe el postulado de mantener la paz, y concretamente en el proceso, va dirigido a las partes quienes tienen intereses encontrados, y mal haría el juzgado en hacer ese llamado solo a los demandados pues atentaría contra el principio de igualdad.

Señaló además que, si lo que pretende es que se decrete la restitución del predio de manera anticipada a la sentencia, ello es improcedente pues se constituiría en prejuzgamiento; además, en lo que tiene que ver con la perturbación de la posesión, precisamente es el tema objeto de decisión final del proceso, lo cual se adopta en la sentencia.

Sostuvo que, de todas formas, el recurrente no formula idea alguna de qué medida cautelar innominada pretendía fuera decretada, para que se conjurara la vulneración del derecho cuya protección reclama, sin que la misma atente contra los derechos de las partes. En consecuencia, concedió la alzada propuesta de manera subsidiaria, en el efecto devolutivo.

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

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.

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:

“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 pasibles 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 cautelas 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 sustanciador, 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 el recurrente frente a la medida cautelar decretada por el Juzgado de primera instancia, en cuanto ordenó a las *“partes mantener la paz y el orden público, hasta tanto se resuelva el presente litigio”*, por cuanto se trata de una simple exhortación de comportamiento de las partes, que no tiene el alcance efectivo de contrarrestar la actitud de los demandados de perturbar la posesión del demandante.

Así, al revisar la petición de la cautela innominada por parte del demandante, se evidencia que su solicitud se limitó a indicar que *“se decrete la medida cautelar innominada que en su prudente y sano juicio considere necesaria, efectiva y proporcional, determinando su alcance y duración que permita conjurar la grave y ostensible actuación de los demandados en el proceso de la referencia...”*, esto es, expresamente no indicó una medida específica que, pretendía, fuera decretada por parte del Despacho, de tal manera que cumpliera con sus expectativas, es decir, razonable para la protección objeto de litigio.

En efecto, establece el precepto 590 del Código General del Proceso en relación con las medidas cautelares innominadas, que se puede decretar 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”*** (Negrilla intencional). Sin embargo, en el presente caso no verifica una medida peticionada por parte del actor, de manera que proceda su estudio de procedencia o no.

Conforme lo advirtió el impugnante, el juez como director del proceso tiene una tarea muy importante dentro del proceso judicial en el tema de las medidas cautelares innominadas que solicitan las partes, ya que debe examinar su relevancia, pertinencia, conducencia y su necesidad, pero de ninguna manera se le

faculta para que de manera oficiosa decrete cautelas; como se anotó, lo que se permite al funcionario judicial es decretar otra medida diferente a la deprecada, modificarla, sustituirla o disponer el cese de la misma.

En esa medida, la advertencia o exhortación realizada por el juzgado de primer grado, no la encuentra la Sala contraria a derecho, pues la misma va en favor de la paz social, esto es, a evitar daños; además, se repite, al haberse petitionado una medida cautelar que la funcionaria considerara prudente y necesaria en su sano juicio al interior del presente proceso, podría caber cualquiera que dispusiera la *a quo*, lo que implicaba, así mismo, que no pudiera alegar reparo alguno frente a su reflexiva decisión. En sentir de esta Judicatura, en la forma indeterminada como fue petitionada la medida, el análisis realizado por el juzgado resulta válido; distinto sería si el togado hubiere deprecado una cautela concreta y el juzgado de primer grado haya decretado otra, porque de esta manera bien podría haberse estudiado el alcance y la razonabilidad entre ambas.

Con todo, revisados los argumentos expuestos por el recurrente, advierte el Tribunal que su reparo no puede abrirse paso, en tanto la solicitud de la medida cautelar innominada no se ajusta a las previsiones normativas que rigen la materia, es decir, no hay una petición concreta al respecto, con las respectivas argumentaciones que la justifiquen, en cuando a la apariencia de buen derecho, necesidad, efectividad y proporcionalidad correspondiente.

Bajo estos parámetros, 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** la decisión contenida en el auto del 13 de septiembre de 2022, proferido por el JUZGADO CIVIL CON CONOCIMIENTO DE PROCESOS LABORALES DE GIRARDOTA, dentro de la demanda Verbal Posesoria instaurada por el señor Evelio Antonio Sepúlveda Sepúlveda contra de María Yolanda Flórez Sánchez, Víctor Raúl Bustamante Valencia y Juan José Flórez Murillo, por lo dicho en la parte motiva de esta

providencia.

Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'MARIO GÓMEZ LONDOÑO', with a stylized flourish at the end.

MARIO ALBERTO GÓMEZ LONDOÑO

Magistrado

Firma escaneada exclusiva para decisiones de la Sala Tercera de Decisión Tribunal Superior de Medellín,
conforme el artículo 105 del Código General del Proceso, en concordancia con las disposiciones de la Ley
2213 de 2022