

Rionegro, 16 de octubre de 2020

Señor
JUEZ 2° CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
Rionegro

Proceso: Verbal
Asunto: Recurso de reposición y en subsidio apelación
Demandante: Hernán Daniel Espinosa Osorio, Luz Mabel Osorio Pemberty y Diego Andrés Espinosa Osorio
Demandado: La Previsora S.A Compañía de Seguros, Transportes 3M S.A.S. y John Carlos Castillo Gil
Radicado: 05615-31-03-002-2019-00310-00

MATEO PELÁEZ GARCÍA, mayor de edad y vecino de Medellín, identificado con cédula de ciudadanía número 71.751.990, abogado titulado, con la tarjeta profesional número 82.787 del C.S.J., actuando en el presente acto en calidad de apoderado judicial de LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS, de acuerdo con el poder que obra en el expediente, respetuosamente interpongo recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto del 9 de octubre de 2019, notificada por estados del 13 de octubre 2019, frente a la decisión de no acceder al levantamiento de la medida cautelar, de conformidad con las razones que procedo a exponer:

1. PETICIÓN:

Solicito muy respetuosamente al Despacho se sirva reponer el auto impugnado y, en consecuencia, se levante la medida cautelar de inscripción a demanda en un inmueble de propiedad de mi representada, en tanto no se cumplen los criterios para continuar con la medida.

En caso de que la anterior solicitud no prospere, solicito se conceda ante el H. Tribunal Superior de Antioquia recurso de apelación en contra del mencionado auto.

2. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD RESPECTO A LA DECISIÓN QUE SE IMPUGNA:

En la providencia objeto del presente recurso, el Despacho consideró que no procedía el levantamiento de la medida cautelar de inscripción de la demanda que había sido decretada y practicada, en tanto “*el artículo 590, inciso 1, numeral 1, literal b, del C.G.P., no prescribe ningún tipo de condición distinta en cuanto a la procedencia de este tipo de cautela a la que se trate de un proceso en el que se persiga el pago de perjuicios derivados de una responsabilidad civil y que dichos bienes sean de propiedad del demandado, condiciones que se cumplen en este caso, y no vienen al caso las condiciones expuestas por el sollicitante, propias más de las cautelares innominadas, previstas en el literal c.*” refiriéndose a lo manifestado en la solicitud sobre la apariencia de buen derecho y la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

Lo cierto es que los criterios establecidos en el inciso décimo del artículo 590 del C.G.P. que señala que “*el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida*” aplica para todas las medidas cautelares descritas en el numeral primero de este artículo, que trata sobre las cautelares que proceden en los procesos declarativos con la presentación de la demanda, y no solo frente a las medidas cautelares previstas en el literal c) de este artículo, el cual atiende a las medidas innominada.

En consecuencia, lo previsto en el inciso décimo también aplica y debe cumplirse frente al numeral b), que trata sobre la medida de inscripción de demanda en proceso de responsabilidad civil. La diferencia en el análisis de estos criterios entre una medida nominada o una innominada en un proceso declarativo estaría en la rigurosidad o intensidad del análisis y no en los criterios utilizados para este.

Así lo ha reconocido el Tribunal Superior de Medellín en providencia, por ejemplo, de la magistrada Martha Cecilia Ospina del 25 de septiembre de 2019 en el proceso con radicado 05001310300920180029401 (la cual adjunto), en la cual, al conocer un recurso de apelación contra una providencia que no revocó el auto que decretó una medida cautelar de inscripción de demanda en un establecimiento de comercio de una entidad financiera (para este caso, de una sociedad fiduciaria), señaló (cuarta página de la providencia): *“es cierto que el artículo 590 del C.G.P. le exige al juez que para decretar la medida debe apreciar la legitimación o interés para actuar de las partes, la necesidad, efectividad, proporcionalidad y apariencia de buen derecho de la misma”*, concluyendo en este caso que no procedía la revocatoria de la providencia apelada, en tanto consideró que *“no se advierte en la providencia apelada que se haya omitido ese análisis cuya única intención es que se cumpla con los fines propios de la medida cautelar destinada a salvaguardar los derechos que son objeto del litigio”*.

A diferencia del referido caso, en este proceso no se llevo a cabo una análisis sobre la apariencia de buen derecho y la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida cautelar al momento de decretarse, siendo esto lo que ahora se cuestiona, y, en opinión del suscrito, el examen frente a la medida cautelar no es satisfactorio, por lo que se debe levantar la misma.

De considerar el Despacho que hay alguna duda sobre si el inciso décimo del artículo 590 del C.G.P. aplica para todo el numeral primero o solo para literal c), en consonancia con el artículo 11 del C.G.P., deberá preferirse la primera interpretación por ser más respetuosa del derecho sustancial, pues resulta más protector realizar dicho análisis aún cuando no deba llevarse a cabo para justificar de una mejor forma la medida (o levantar la misma en caso de que no lo supere, siendo esta la tesis planteada), que solo hacer una valoración formal de si se está en presencia o no de un proceso de responsabilidad civil a fin de decretar la medida.

Al analizarse la apariencia de buen derecho deberá tenerse en cuenta, además de lo expuesto al solicitar el levantamiento de la medida, que en este proceso se concedió amparo de pobreza, por lo que no procedió lo señalado en el numeral segundo del artículo 590 del C.G.P. en cuanto a que la parte demandante para que se decretara la medida debía prestar una caución equivalente al 20% del valor de las pretensiones para responder por las costas y perjuicios derivados de la práctica de la misma, porcentaje que podría ser modificado por el juez de oficio o a solicitud de parte como resultado del análisis que se realizara sobre la medida solicitada o decretada, según el caso (esto refuerza el argumento planteado de que debe llevarse a cabo un análisis sobre la procedencia de las medidas, el cual debe hacerse según los criterios de apariencia de buen derecho, necesidad, efectividad y proporcionalidad).

Si bien esto puede facilitar el acceso a la administración de justicia de la parte demandante, también elimina un factor de medida en la solicitud de este tipo de medidas, y un elemento de protección del propietario de los bienes sobre el cual se practica las medidas cautelares, reforzando nuestra postura de que en este caso no se requiere la medida, no es efectiva, ni proporcional, no satisface el requisito de apariencia de buen derecho, y puede representar mayores perjuicios.

Por último, reitero los argumentos expuestos al solicitarse el levantamiento de la medida cautelar.

Por todo lo anterior, solicito se revoque el auto impugnado, para que, en su lugar, se levante la medida cautelar de inscripción de demanda previamente decretada y

practicada; y, subsidiariamente, se conceda ante el H. Tribunal Superior de Antioquia recurso de apelación.

Atentamente,



MATEO PELÁEZ GARCÍA
T.P. No. 82.787 del C. S. de la J.
C.C. No. 71.751.990



"Al servicio de la justicia y de la paz social"

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN CIVIL

PROCESO	VERBAL
DEMANDANTE	ANDRÉS OCHOA POSADA
DEMANDADOS	FAJARDO WILLIAMSON S.A., ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, FAJARDO MORENO S.A.S., FIDUCIARIA CORFICOLMBIANA PROMOTORA SOLER GARDENS EN LIQUIDACIÓN Y/O
INSTANCIA	SEGUNDA -APELACIÓN DE AUTO-
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN
RADICADO	05001 31 03 009 2018 00294 01 INTERNO 2019 - 162
PROVIDENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO N° 183
TEMAS	DECRETO MEDIDAS CAUTELARES
DECISIÓN	CONFIRMA.
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

Medellín, veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en el proceso de la referencia contra el auto de fecha 31 de julio de 2018, proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Itagüí, mediante el cual se decretó las medidas cautelares de embargo y secuestro de varios inmuebles denunciados como propiedad de la demandada.

I. ANTECEDENTES

En el presente proceso verbal con pretensión de declaratoria de responsabilidad civil contractual por incumplimiento, incoado por el señor Andrés Ochoa Posada contra el señor Andrés Fajardo Valderrama, la Sociedad Fajardo Williamson S.A. en Liquidación, Promotora Soler Gardens en Liquidación, Fiduciaria Corficolombiana S.A., el Patrimonio Autónomo denominado Soler Gardens representado por su vocera y administradora Fiduciaria Corficolombiana S.A., mediante auto de 25 de julio de 2018 fue admitida la demanda (fl. 289).

En escrito aparte, se solicitó entre otras, el decreto de la medida cautelar de

inscripción de la demanda sobre el establecimiento mercantil registrado como agencia de la Sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A., inscrito en la Cámara de Comercio de Medellín, sociedad que se identifica con el NIT. 800.140.887-8 (fls. 435 a 437), medida decretada mediante auto de 3 de octubre de 2018, luego de que la parte demandante presentó la póliza por el valor que le fue exigido (fl. 442).

El profesional del derecho que representa los intereses de la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su propia condición, no como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Soler Gardens, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación frente al auto que decretó las medidas cautelares, concretamente, frente a la medida de inscripción de la demanda en la Cámara de Comercio del establecimiento mercantil de la Sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A., para lo cual expuso que la medida resulta innecesaria por las siguientes razones: *(i)* El artículo 590 del C.G.P. exige del juez un análisis exhaustivo de la solicitud cautelar, verificando su apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad, sin que esto implique un prejuzgamiento y en el presente caso, donde se está pretendiendo la declaratoria de incumplimiento de varios contratos, debe advertirse que Fiduciaria Corficolombiana S.A. no ha sido parte en todos ellos, por lo que tampoco es claro que exista legitimación en la causa por pasiva; *(ii)* La naturaleza, regulación y control que recaen sobre las entidades fiduciarias, permiten cuestionar la necesidad de decretar medidas cautelares con el objeto de evitar que el riesgo de crédito haga imposible el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria, máxime cuando en el mismo C.G.P. existen normas que muestran la intención del legislador de dar un tratamiento diferente a las instituciones sometidas a inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera, citando como ejemplo para ello el inciso sexto del artículo 599 del C.G.P. y; *(iii)* La parte demandante no expone en su solicitud, circunstancias extraordinarias en virtud de las cuales los postulados del sistema financiero no sean suficientes para justificar que en este caso había necesidad de decretar una medida a cargo de la sociedad fiduciaria demandada y evitar que a la postre se dificulte el cumplimiento de la sentencia, carga que no puede ser trasladada a la demandada.

Concedido el respectivo traslado secretarial (fl. 447), sin pronunciamiento de la parte contraria, a través del auto de 9 de julio del corriente año (fl. 463), se decidió el recurso de reposición, manteniendo la medida decretada y

concediendo el recurso de alzada, para cuyo trámite se procedió a correr traslado secretarial (fl. 467) en uso del cual intervino la parte demandante recordando que hace parte de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares en general, la controversia del derecho y no una premeditada afirmación de la responsabilidad de la codemandada y para desvirtuar el argumento que pone en entredicho la legitimación en la causa, indica que en el contrato que en el período pre operativo se suscribió, previa constitución del patrimonio autónomo, la Fiduciaria se encargó del recaudo de dineros en su posición propia, siendo esta la razón por la cual se encuentra vinculada a la Litis.

El asunto arribó a esta Corporación siendo repartido a conocimiento del despacho el 1° de agosto del año que avanza, donde se procede a decidir de plano el recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 326 del código General del Proceso.

II. CONSIDERACIONES

1. LA TUTELA CAUTELAR.

Bien se sabe que las medidas cautelares están configuradas para asegurar el cabal cumplimiento de las decisiones que se adopten en el proceso jurisdiccional, principalmente, en la providencia que resuelva las pretensiones del juicio. El concepto doctrinario más autorizado en materia procesal enseña que la finalidad de las cautelas es la de evitar *"aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso"*¹.

La Corte Constitucional también ha tenido la oportunidad de referirse a las medidas cautelares; así en la Sentencia T 379 de 2004, expresó:

(...) son instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.

Como características de la medida cautelar es adecuado indicar que consiste generalmente en un acto jurisdiccional, ya que por medio de esta se cumple una de las funciones del juez, que es asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales. También se caracterizan las medidas por ser instrumentales o accesorias, ya que si se miran individualmente no tienen sentido o efecto práctico. La provisionalidad como característica es corolario de la anterior, ya que solo persisten mientras esté en curso el proceso y después de éste en casos especiales.

2. CASO CONCRETO.

La censura de la parte recurrente se cimenta en cuestionar la decisión mediante la cual el Juzgado de primer grado resolvió decretar la medida de inscripción de la demanda sobre el establecimiento mercantil registrado como agencia de la Sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A., pues considera en síntesis, que la naturaleza de la entidad fiduciaria que la hace estar sometida a control de la Superintendencia Financiera, torna innecesario el decreto de la medida, ya que no existe mayor riesgo de incumplimiento de una futura sentencia condenatoria, aunado a que afirma no estar legitimada en la causa por pasiva; motivos éstos por los que estima que le correspondía al juez efectuar un análisis exhaustivo de la solicitud cautelar, verificando su apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad.

Estudiadas las censuras con las cuales se ha sustentado la apelación que suscita el presente grado de conocimiento, se advierte que no tienen ningún asidero los argumentos expuestos por la parte recurrente, mediante los cuales se pretende dejar sin piso el decreto de la medida cautelar de inscripción de la demanda sobre el establecimiento mercantil registrado como agencia de la Sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A, toda vez que aunque es cierto que el artículo 590 del C.G.P. le exige al juez que para decretar la medida debe apreciar la legitimación o interés para actuar de las partes, la necesidad, efectividad, proporcionalidad y apariencia de buen derecho de la misma, lo cierto es que no se advierte en la providencia apelada que se haya omitido ese análisis cuya única intención es que se cumpla con los fines propios de la medida cautelar destinada a salvaguardar los derechos que son objeto del litigio.

Y es que aunque para el decreto de las mismas y conforme a lo preceptuado en la ya referida disposición procesal, deben apreciarse factores como la

legitimación o interés para actuar de las partes, la existencia de la amenaza, la vulneración del derecho, no debe olvidarse que tampoco le está permitido al juez efectuar un prejuizgamiento de la situación, lo que resulta apenas lógico ante la prístina etapa procesal en que fue decretada la medida; así entonces en el caso concreto imposible resulta predicar que la medida cautelar de inscripción de la demanda que fue decretada, resulta innecesaria o desproporcionada de cara a las pretensiones de la parte actora, pues la legitimación en la causa por pasiva al menos en este momento procesal, no requiere en verdad el estudio de fondo de la situación, pues basta con que el demandante afirme en el libelo genitor que el demandado es quien debe resistir las pretensiones o los efectos de la sentencia, para que se surta el debate al respecto en el desarrollo del proceso, pues el fondo de ello se convierte justamente en el debate sustancial, tal y como así lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, valga citar lo dicho mediante pronunciamiento de fecha 14 de octubre de 2010, Magistrado Ponente Dr. William Namén Vargas, Expediente 11001-3101-003-2001-00855-01 en el que precisó en punto de la legitimación en la causa lo siguiente:

La legitimación en la causa, o sea, el interés directo, legítimo y actual del "titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico" (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), tiene sentado la reiterada jurisprudencia de la Sala, "es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste" (Cas. Civ. sentencia de 14 de agosto de 1995 exp. 4268), en tanto, "según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la 'legitimatio ad causam' consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción legitimación activa y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción legitimación pasiva (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)" (CXXXVIII, 364/65), por lo cual, "el juzgador debe verificar la legitimatio ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular" (Cas. Civ. sentencia de 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01).

Tampoco es cierto que la solicitud de la parte demandante no tenga apariencia de buen derecho, entendida ésta como una mera aprobación de la plausibilidad del derecho reclamado, que no una valoración probatoria subjetiva, sino que con una mirada objetiva de la situación puesta a consideración del juez, se

estime la valía de la pretensión reclamada, cuidando en todo caso de no realizar un prejuzamiento, tal y como se ha advertido. Adicionalmente, considera el Tribunal que no existe razón alguna que justifique prodigar un trato diferente a la entidad recurrente, frente a las demás demandadas que también soportan medidas cautelares y menos aún que dicho trato diferencial encuentre sustento en la naturaleza de la entidad fiduciaria y el hecho de estar sometida a vigilancia y control por parte de la Superintendencia Financiera.

Las razones expuestas conllevan a que se confirme la decisión apelada, toda vez que puede concluirse que la medida de inscripción de la demanda no resulta desproporcionada ni innecesaria de cara a las pretensiones consignadas en el libelo genitor, las cuales se hallan dirigidas a la declaratoria de responsabilidad civil contractual ante el incumplimiento de las demandadas y el consecuencial pago de unas sumas de dinero, máxime cuando la inscripción de la demanda, realmente, ningún perjuicio le ocasiona a la entidad Fiduciaria Corficolombiana S.A., si se tiene en cuenta que no saca la agencia del comercio, sino que simplemente advierte sobre la vinculación de establecimiento a un litigio; sin que implique tampoco la imposición de una carga más gravosa para quien la soporta, pues en últimas su razón de ser no es castigar a quien se le impone, sino su carácter de medida protectora, cuyo fin puede entenderse cumplido con la inscripción en el registro que lleva la Cámara de Comercio, el cual es público. Razones todas estas por las que resultan inocuos los argumentos de incumplimiento de los deberes del juez al momento de decretar las medidas cautelares y desconocimiento de los privilegios legales para las entidades fiduciarias, aducidos por la parte recurrente.

Todo lo expuesto, obliga a coincidir con el criterio del señor Juez de primer grado cuando encontró que no existe razón alguna para coincidir con los argumentos expuestos por el recurrente y decidió mantener en firme la providencia recurrida en cuanto a la decisión de decretar la medida cautelar de inscripción de la demanda sobre el establecimiento mercantil registrado como agencia de propiedad de la Fiduciaria Corficolombiana S.A.; lo que se traduce en la confirmación de la providencia recurrida en alzada.

3. COLOFÓN Y COSTAS.

En suma, se impartirá confirmación a la decisión objeto de alzada. No obstante las resultas del recurso interpuesto, no habrá lugar a imponer condena en

costas a la parte recurrente por cuanto las mismas no se acreditaron causadas en esta instancia.

Por lo expuesto, la suscrita Magistrada Sustanciadora de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín,

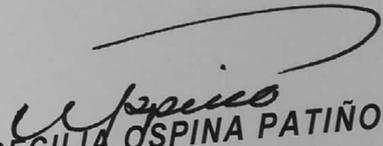
IV. RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el auto de fecha 3 de octubre de 2018, mediante el cual se decretó la medida cautelar de inscripción de la demanda sobre el establecimiento mercantil registrado como agencia de la sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A. con el NIT: 800.140.887-8

SEGUNDO. ABSTENERSE de imponer condena en costas.

TERCERO. Oficiar al Juzgado de primera instancia informando la presente decisión.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE


MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SECRETARÍA SALA CIVIL
Se notificó el auto anterior por Estador
DI Hoy a las 8.00 am.
Medellín 30.09.19
