TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, veintitrés de febrero de dos mil veintidós

Tipo de pretensión:	Responsabilidad civil contractual
Procedencia:	Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín
Demandante:	M + Group Arquitectura S.A.S
Demandado:	BLP Construcciones S.A
Radicado:	**05001 31 03 010 2021 0009 01**
Asunto:	**Medidas cautelares**

ANTECEDENTES

El 20 de enero de 2021 la sociedad M + Group Arquitectura S.A.S presentó demanda de responsabilidad civil contractual derivada del incumplimiento de un contrato de consultoría, en contra de la sociedad BLP Construcciones S.A. [e.d 02]. Posteriormente, la parte actora solicitó la medida cautelar de inscripción de la demanda sobre los derechos fiduciarios que tuviere la pasiva en el fideicomiso Lote Proyecto Vista, administrado por Acción Fiduciaria S.A. [e.d 04].

El juez admitió la demanda [e.d 05], y, además, decretó la medida cautelar solicitada por la demandante.

Posteriormente, la parte demandante pidió una nueva medida cautelar de inscripción de la demanda, esta vez sobre los derechos fiduciarios que tuviere la pasiva en el fideicomiso Panoramika Country, administrado por Fiduciaria Scotiabank Colpatria [e.d 13]. La solicitud no fue acogida por el *a quo*, al considerar que no cumplía con lo dispuesto en el literal "a" del artículo 590 del C.G.P, puesto que la inscripción de la demanda recae sobre bienes sujetos a registro y los derechos fiduciarios no se ajustan a dicho supuesto normativo

[e.d 15].

De acuerdo con lo anterior, la demandante presentó recurso de reposición frente al auto que negó la segunda medida cautelar [e.d 16 - Auto del 5 de agosto de 2021]. Para tal efecto, alegó que ya se había solicitado anteriormente una inscripción de la demanda sobre derechos fiduciarios de la demandada, la cual fue practicada; manifestó su sorpresa por las decisiones disímiles que realizó el juzgador sobre medidas cautelares de igual naturaleza.

Seguidamente, el juez de primera instancia repuso la decisión frente a la segunda medida cautelar, contenida en el auto del 5 de agosto de 2021, decretando la inscripción de la demanda sobre los derechos fiduciarios de BLP Constructores en el fideicomiso Panoramika Country. Allí consideró que el literal "c" del artículo 590 del C.G.P que regula el ámbito de las medidas cautelares en procesos declarativos, concibe otras medidas para asegurar la efectividad de la pretensión por parte de la sociedad demandada, facultando al juez para decretar este tipo de medidas que encuentra razonables y ajustadas a derecho [e.d 20 - Auto del 22 de octubre de 2021].

La parte pasiva interpuso recurso de apelación frente al auto del 22 de octubre de 2021, indicando que la inscripción de la demanda sobre los derechos fiduciarios del fideicomiso Panoramika Country [e.d 23], no cumple con los requisitos exigidos para esta medida cautelar. Sustentó su inconformidad bajo los siguientes argumentos:

- El patrimonio autónomo que surge de la fiducia mercantil no forma parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario. Por ende, no debe confundirse el patrimonio del fideicomiso con el del fideicomitente o el de la fiduciaria.

- El embargo de bienes que hacen parte de un fideicomiso, solamente puede darse bajo dos supuestos: 1. Sobre los derechos fiduciarios que

> el fideicomitente posea en un patrimonio autónomo. 2. Sobre los bienes fideicomitidos, cuando se haya dejado sin efecto el contrato de fiducia mercantil mediante acciones paulianas o revocatorias.

La recurrente también hizo mención al límite de embargabilidad, aludiendo que el juez de primera instancia omitió limitar el valor de la medida cautelar, debido a que éstas sobrepasan la cuantía estimada por la demandante.

Por otro lado, la demandada agregó que se vulneró el derecho al debido proceso, ya que el recurso de reposición fue resuelto sin habérsele surtido el respectivo traslado según el artículo 319 y 110 del C.G.P. Además, señaló que dicha situación podría configurar la nulidad del proceso contenida en el numeral 6 del artículo 133 del referido estatuto procesal.

Respecto al recurso de apelación, la parte demandante se pronunció, aclarando que lo perseguido en su solicitud de medida cautelar son los derechos fiduciarios en cabeza de la sociedad demandada sobre el fideicomiso Panoramika Country, y no, los bienes que conforman a este último.

Añade la actora que una sociedad puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiaria, por lo cual, recibiría los rendimientos y frutos derivados de los bienes que integran el contrato de fiducia mercantil. En igual sentido, indica que el artículo 1238 del Código de Comercio es claro en señalar que los acreedores del beneficiario podrán perseguir los rendimientos resultantes de los bienes del negocio fiduciario.

En concordancia con lo anterior, la demandante concluye que en el caso especifico esta medida cautelar, que se circunscribe a los derechos fiduciarios, garantiza el cumplimiento de las obligaciones por parte de la pasiva.

CONSIDERACIONES

1. Sobre el traslado del recurso de reposición y el debido proceso

1.1. El artículo 319 del estatuto procesal, en concordancia con el artículo 110, contempla el trámite respectivo al recurso de reposición, el cual dispone que, ante la presentación de éste por escrito, se dará traslado a la parte contraria por el término de 3 días para después dar lugar a la resolución de lo recurrido.

A su vez, el artículo 9 del Decreto 806 de 2020, dispone lo siguiente en materia de traslados:

> *"No obstante, no se insertarán en el estado electrónico las providencias que decretan medidas cautelares o hagan mención a menores, o cuando la autoridad judicial así lo disponga por estar sujetas a reserva legal.*
>
> *De la misma forma podrán surtirse los traslados que deban hacerse por fuera de audiencia.*
>
> *Los ejemplares de los estados y traslados virtuales se conservarán en línea para consulta permanente por cualquier interesado.*
>
> ***Parágrafo**. Cuando una parte acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del traslado por secretaria, el cual se entenderá realizado a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente."*

Téngase presente que el artículo 29 de la Constitucion Política de Colombia, disposición en la que debe considerarse el derecho de defensa o contradicción que resulta ser un imperativo en el ámbito de las notificaciones y traslados, define un marco de principios y garantías que deben ser tenidos en cuenta en

el desarrollo del proceso jurisdiccional. Nos referimos al derecho fundamental al debido proceso. Se trata de asegurar una correcta administración de justicia durante el trámite procesal, ante el juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio.

1.2. Según la demandada, se vulneró su derecho al debido proceso por haberse resuelto el recurso de reposición [e.d 16 - Recurso frente al auto del 5 de agosto de 2021] sin haberse surtido el traslado [e.d 20 – Auto repone del 22 de octubre de 2021]. En sentir de la parte esta situación irregular pudo haber configurado una nulidad procesal contenida en el artículo 133.6 del referido estatuto procesal.

Ahora bien, del análisis del expediente y el sistema de gestión judicial, se pudo constatar la ausencia de traslado del recurso de reposición que señala el recurrente, el cual debió llevarse a cabo de conformidad con los artículos 319 del C.G.P y 9 del Decreto 806 de 2020. Inclusive, se avizora la ausencia de remisión de copia por canal digital del recurso de reposición a la parte opositora, posibilidad contemplada en el parágrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 2020 [e.d 16 – Recurso de reposición].

Para la Sala, el recurrente tiene razón sobre la irregularidad señalada. El referido reproche conduce a preguntarnos hasta dónde el no traslado del recurso significó una vulneración al debido proceso frente a BLP Construcciones S.A. Para la Sala, la respuesta es negativa por las siguientes razones:

- En primer lugar, téngase presente que dos recursos se surtieron en diferentes momentos: uno, correspondiente al recurso de reposición interpuesto por la parte demandante, y otro, el concerniente a la alzada deprecada por la demandada. Si bien el primero de ellos, el interpuesto por la parte actora, no fue sometido a traslado, no se puede desconocer que generó una decisión [e.d 20 - Auto del 22 de octubre de 2021] que

se le notificó a la demandada, respetando su derecho a la defensa, y que le permitía a esta interponer los recursos de reposición y de apelación. Este último fue el escogido por la parte pasiva para exponer sus inconformidades frente a la decisión adoptada.

Es por esto, que la Sala advierte que la sociedad demandada conoció efectivamente una decisión que en su sentir lo estaba afectando, misma que le permitió escoger e interponer el recurso de apelación; presentando unos argumentos ante el *ad quem,* que perfectamente pudieron haber sido coincidentes con los argumentos planteados en primera instancia. Por lo tanto, a la parte demandada se le permitió ejercer la contradicción.

- Asimismo, considérese que la medida cautelar ordenada pudo haberse dispensado con carácter previo desde el mismo momento de la formación del libelo (art. 590.1 del C.G.P). El carácter previo de tales medidas, que concede la norma, permite practicarlas aun cuando la parte opositora no haya concurrido al proceso; es de allí, que se dilucida la posibilidad de haber solicitado y decretado las dos medidas cautelares antes de haberse integrado el contradictorio.

Lo anterior no impide que la parte demandada las pueda controvertir, como ha sucedido con el trámite del presente recurso, aunado a las posibilidades defensivas que el propio ordenamiento procesal le ofrece para controvertir las medidas cautelares existentes, haciendo frente a las mismas (p. ej. solicitar el levantamiento, la sustitución y la modificación). Claro está, de cara a la coherencia, que resulta extraño que solo se reproche una de las medidas, que comporta la misma naturaleza a la de otra previamente ordenada.

Vale la pena precisar que el artículo 298 del estatuto procesal establece que: *"Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente, antes de la*

> *notificación a la parte contraria del auto que las decrete. Si fueren previas al proceso se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersone en aquel o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia.*
> *Los oficios y despachos para el cumplimiento de las mencionadas medidas solamente se entregarán a la parte interesada.*
> *La interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada. Todos los recursos se consideran interpuestos en el efecto devolutivo.*

> Así las cosas, no puede desconocerse la finalidad de la medida cautelar, dentro del contexto de acceso a la justicia, sin que se ponga en riesgo el derecho de defensa. Se trata de lograr la efectividad de la resolución buscada, sin que el aplazamiento de la contradicción o defensa en contra de la medida ordenada sacrifique el derecho fundamental al debido proceso.

En consecuencia, la Sala no advierte vicios de invalidez que ameriten disponer de la nulidad procesal, por lo que se procederá con el estudio de los aspectos de fondo planteados en el recurso de apelación.

2. La tutela jurisdiccional efectiva y las medidas cautelares

2.1. El artículo 2 del C.G.P describe la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho por el cual toda persona o grupo de personas puede acceder a los órganos jurisdiccionales para lograr el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses, con sujeción al debido proceso. El referido derecho comprende no solo el acceso a la jurisdicción, sino también el respeto por un proceso debido y la efectividad y eficacia de las decisiones jurisdiccionales.

A efectos de lograr la efectividad, para que las providencias judiciales no se queden en "letra muerta" o en el conocido "papel mojado", tanto los procesos de ejecución como los declarativos, han sido intervenidos por el

legislador posibilitando que el demandante busque la protección de sus derechos a través de las medidas cautelares, claro está, sin impedir la posición que a las mismas haga la parte resistente. No podría concebirse el acceso a la administración de justicia sin existir la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo resuelto aun ante la negativa del obligado.

Según el Consejo de Estado,

> *"Este plurimencionado derecho está compuesto de tres elementos esenciales; el primero de ellos referente al acceso a la administración de justicia, lo que se traduce en el acceso a la jurisdicción competente para proponer un conflicto; el segundo, integrado por el derecho a obtener una resolución de fondo de la litits para que se haga un estudio profundo de las pretensiones, el cual se verá reflejado en la obtención de una sentencia motivada, razonable, congruente y fundada en derecho;* ***y por último, pero no de menor importancia, el derecho a la ejecución de la sentencia que se profiera, pues exige que el fallo proferido se cumpla y el actor sea reparado en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido, de lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de derechos que ellas comportan, en simples declaraciones de buenas intenciones. Esta necesidad de cumplimiento del fallo judicial, hace que necesariamente el derecho subjetivo a obtener su ejecución haga parte del derecho fundamental proclamado"*** (Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 28 de mayo de 2012, Rdo. 08001233100020110117402 Acción de tutela - Impugnación) (Negrilla por fuera del texto)

Ahora bien, las medidas cautelares son instrumentos que buscan asegurar o garantizar provisionalmente y preventivamente la eficacia de los derechos controvertidos al interior del proceso, protegiendo la materialización de la decisión ante una posible afectación negativa del derecho reconocido. Lo anterior, sin perjuicio de evaluar la incidencia que tiene el carácter preventivo y restrictivo de tales medidas sobre los derechos de la persona que conforma el opuesto litigioso.

Una de esas medidas cautelares es la inscripción de la demanda (arts. 590, 591 y 592 del C.G.P), consistente en el registro que se hace de la existencia de un

proceso por parte de una autoridad y a través de unos documentos en los que se permite dar publicidad de las posibles implicaciones que se pueden derivar del litigio ante terceros. La inscripción tiene como características principales: 1. Sólo procede sobre bienes sujetos a registro. 2. No pone los bienes fuera del comercio. 3. Genera publicidad y oponibilidad. 4. Puede coexistir con otras medidas cautelares. 4. Se necesita prestar caución para decretarla. 5. Puede decretarse desde la admisión de la demanda.

Otra medida cautelar a tener en cuenta es la de embargo, regulada en el artículo 593 del estatuto procesal, la cual tiene como objetivo el separar a un bien del comercio, garantizando con esto el cumplimiento de una obligación del cual su titular se reputa deudor, de modo que limita el derecho de dominio en cuanto a la libre disposición del bien.

De esta manera, las medidas cautelares referidas tienen diferencias claras. Se destaca que la inscripción de la demanda no deja al bien por fuera del comercio, ni restringe la disposición del mismo, como bien si lo hace la medida de embargo.

El artículo 590 del C.G.P regula las medidas cautelares en el proceso declarativo, disponiendo en su literal "c" **las medidas cautelares discrecionales**, la cual permite al juez decretar cualquier medida cautelar en protección del derecho discutido cuando la considera razonable.

La medida cautelar, en principio, tiene el carácter general de ser rogada. Sin embargo, el artículo 590 del estatuto procesal también establece la posibilidad de modificar, sustituir o hacer cesar la medida cautelar; ya sea por iniciativa de parte o de oficio. Para su decreto debe tenerse en cuenta su razonabilidad. es decir, una medida que cumple con los fines propios del instrumento y las necesidades específicas del caso en concreto, como: proteger el derecho objeto de litigio, asegurar la efectividad de la decisión, prevenir daños, impedir la infracción del derecho, evitar las consecuencias derivadas de la infracción

del derecho y hacer cesar los daños causados.

Para que pueda ordenarse una medida cautelar, continuando con la identificación de sus rasgos, el juez debe apreciar la legitimación o interés para actuar de las partes, así como la amenaza de vulneración del derecho o la afectación al mismo, sin que esto pueda constituir una decisión definitiva frente a la pretensión incoada. En el mismo sentido a los requisitos anteriores, resulta indispensable constatar la apariencia de buen derecho, su necesidad y proporcionalidad. Para su decreto y práctica, por supuesto, habrá que prestar la respectiva caución.

2.2. El Código Civil en su artículo 2488 establece que todas las obligaciones personales facultan al acreedor para perseguir su ejecución sobre todos los bienes inmuebles o muebles del deudor (excluyendo los inembargables), sin importar si estos son presentes o futuros.

En cuanto a los derechos fiduciarios y las medidas cautelares, el artículo 1238 del Código de Comercio cobra relevancia al disponer lo siguiente: "*Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo.* ***Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes.***

El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados." (Negrilla por fuera del texto)

De acuerdo a lo anterior, es evidente para la Sala que el legislador previó dos eventos en atención a los cuales los acreedores podrían perseguir el cumplimiento de una obligación en cabeza de los deudores, aun cuando los bienes del deudor fueran objeto del contrato de fiducia mercantil. Por lo tanto, cuando el legislador hace uso del término "perseguir", hace alusión a la posibilidad de buscar por todos los medios posibles y ajustados a derecho;

la satisfacción de los derechos del acreedor. Así pues, encontramos que las medidas cautelares corresponden a instrumentos que desarrollan la persecución al deudor en los eventos antedichos.[1]

Caso concreto

La sociedad apelante indicó que no es procedente el embargo sobre el conjunto de bienes que componen el contrato de fiducia mercantil. Empero, cabe resaltar que la medida cautelar solicitada fue la de inscripción de la demanda y no la de embargo, con la clara diferenciación esbozada con anterioridad en el apartado de fundamentos jurídicos. Asimismo, la solicitud de la medida y lo decretado por el juez de primera instancia fue dirigido para que recayese sobre los derechos fiduciarios y no sobre los bienes que conforman el fideicomiso Panoramika Country. La solicitud fue la siguiente:

> *"comedidamente solicito ordenar la inscripción de la demanda sobre los derechos fiduciarios que tenga la sociedad BLP CONSTRUCTORES S.A. identificada con número tributario 830.514.150-4 en el fideicomiso Panoramika Country, administrados por Fiduciaria Scotiabank Colpatria."*

Al examinar la medida cautelar objeto del recurso, la Sala ubica la solicitud de la sociedad demandante dentro del supuesto normativo del artículo 590 del C.G.P; pues se trata de un proceso declarativo. A su vez, se advierte la

[1] De conformidad con lo anterior, vale la pena tener en cuenta el criterio jurídico en el oficio 220-149997 del 25 de julio de 2017 de la Superintendencia de Sociedades, que no dista de la posibilidad que tiene un juez de disponer medidas cautelares como las del caso en concreto, sin que se ponga en riesgo la tutela judicial efectiva. Justo el referido ente consideró lo siguiente: *"De lo anteriormente expuesto se concluye: a) que el Título XI del Código de Comercio, no consagra expresamente la posibilidad de que los bienes fideicomitidos puedan ser objeto de embargo, como no podría hacerlo, toda vez que los bienes del fideicomitente son transferidos a la fiduciaria para que ésta los enajene y con el producto de la venta pague las obligaciones garantizadas; b) que a pesar de lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia, contempla dos supuestos en que se puede adoptar dicha medida: i) Sobre los derechos fiduciarios que el fideicomitente posea en el patrimonio autónomo, esto es, cuando se constituye una fiducia para que administre uno o varios bienes del fideicomitente y los rendimientos que reporten dichos bienes sean entregados a éste; y ii) sobre los bienes fideicomitidos, dentro de las acciones paulianas o revocatorias tendientes a dejar sin efecto el contrato de fiducia mercantil celebrado entre las partes."*

inviabilidad de adoptar las medidas cautelares contenidas en los literales "a" y "b" del mismo artículo, ya que la medida solicitada no se vincula con la discusión de un derecho real principal de manera directa o indirecta, ni con un litigio sobre el derecho de propiedad que tiene el demandado sobre un bien.

Así pues, el caso específico se logra encuadrar, más bien, en el supuesto del literal "c", norma que faculta al juez para hacer uso de su criterio y prudencia en los eventos donde una solicitud no encaje en los literales anteriores, pero que puede adoptarse ante la evidente razonabilidad de ésta, apariencia de buen derecho y la necesidad de proteger el derecho en litigio; de tal forma que el Tribunal coincide con el razonamiento ofrecido por el *a quo.* [2]

Revisado el expediente, se vislumbra que luego de ordenada la inscripción de la demanda, se envió el oficio No. 0951 [e.d 22] al fideicomiso Panoramika Country, administrado por Fiduciaria Scotiabank Colpatria. Se constata que hubo una respuesta positiva frente a la orden del *a quo* [e.d 27]. No se observa a la fecha ninguna irregularidad, en lo que concierne al fondo, para que pueda perfeccionarse la medida cautelar en relación a los derechos fiduciarios que posea la sociedad demandada.[3]

En consecuencia, el Tribunal encuentra razonable y ajustada a derecho la medida cautelar de inscripción de la demanda sobre los derechos fiduciarios del fideicomiso Panoramika Country, adoptada en auto del 22 de octubre de 2021 bajo la discrecionalidad del juez de primera instancia; por lo que confirmará el proveído recurrido.

---

[2] Por cierto, dicha medida cautelar no tiene por qué afectar, como el embargo, la "disposición" de los derechos fiduciarios que tiene el demandado, los cuales puede transferir si fuere necesario, con la advertencia para el adquirente o beneficiario de que la decisión judicial le será oponible.

[3] Se destaca, sobre el punto, el oficio 220-149997 del 25 de julio de 2017 de la Superintendencia de Sociedades, mencionado por ambas partes, que confirmaría la viabilidad de la medida.

3. Costas

Con base en lo dispuesto en el artículo 365.1 del CGP, se condenará en costas a la parte demandante. Como agencias en derecho, atendiendo los criterios del artículo 5.7. del Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará una suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente (1 SMLMV).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE**:

PRIMERO: Confirmar el auto del 22 de octubre de 2021, proferido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte apelante. Como agencias en derecho se fija la cantidad correspondiente a un salario mínimo mensual legal vigente (1 SMLMV).

En firme lo decidido, devuélvase el expediente al despacho de origen.

Notifíquese y cúmplase

MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ

Magistrado