

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Radicación: 110013103010-2022-00497-01 (Exp. 5764)
Demandante: Ana María González Calle y otros
Demandado: Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y otros
Proceso: Verbal
Trámite: Apelación de Auto

Bogotá, D. C., cinco (5) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 15 de junio de 2023, proferido por el Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso verbal, de Ana María González Calle, Gisella María Balza Martínez, Ingrid Jhanna Gelis Machado, Iván Darío Rodríguez Sotomonte, Mónica Andrea Ordoñez Pasaje, Néstor Javier Vega Rozo, María Lenith Rodríguez Montenegro, Andrés Camilo Elizalde Zamir, Sandra Marcela Chacón Modera, Eduard Galvis Restrepo, Johanna Díaz Pabón, María Nelly Díaz de Rodríguez, Martha Téllez Osma, Miguel Alberto Amézquita Delgado y Claudia Marcela Gutiérrez Novoa contra Acción Sociedad Fiduciaria S. A., Fideicomiso Lote Complejo Bacatá, Fideicomiso Areas Comerciales Fase 3 y BD Promotores Colombia SAS - en liquidación judicial.

ANTECEDENTES

1. Por medio del auto apelado, el juzgado denegó el decreto de una medida cautelar innominada, consistente en ordenar a Acción Sociedad Fiduciaria S. A., en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Lote Complejo Bacatá, abstenerse de disponer, de distraer o de gastar, las sumas de dinero que reciba por concepto de los cánones de arrendamiento mensuales del total de 42 espacios destinados para arrendamiento, del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50C-1979470, para lo cual, deberá consignar estos



dineros a órdenes del juzgado, o en un fondo de inversión para que produzcan rendimientos mientras llega el momento de distribuir.

Negativa de la medida que obedeció a “*que la solicitud no reúne las condiciones a que se refiere el literal ‘C’ del artículo 590 del CGP*”. Si bien se alegó necesidad de la medida, dado el carácter declarativo del asunto, al estar por definirse la responsabilidad atribuida a la demandada no es clara la amenaza del derecho (cuad. principal, doc. 20).

2. La demandante interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación, en los que adujo, en resumen, que la providencia recurrida no identificó las razones para denegar la medida cautelar innominada, cuyos requisitos se cumplen así: (i) la legitimación es por la relación contractual de los demandantes, en calidad de inversionistas, con BD Promotores Colombia SAS - en liquidación judicial y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., al estipularse en el numeral 2.8 del “Contrato de vinculación fideicomiso Bacatá Área Comercial fase 3”, la entrega a los vinculados del proyecto inmobiliario de excedentes de la etapa de operación; (ii) hay una amenaza del derecho porque la demandada, Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a pesar de haber manifestado en los informes presentados que desde 1º de julio de 2017 a 30 de junio de 2022, el inmueble identificado con matrícula No. 50C-1979470 ha estado arrendado, los cánones recaudados en ese lapso no han sido distribuidos entre los demandantes, en proporción a los derechos fiduciarios que ostentan.

En torno al requisito de (iii) apariencia de buen derecho, con apoyo en una providencia que citó, manifestó que de las pretensiones de la demanda, los hechos y las pruebas allegadas, es posible que alguna salga avante, más porque fueron varias que en subsidio se elevaron. Por último, (iv) por la necesidad de proteger el derecho objeto del litigio, adujo se debe evitar que Acción Sociedad Fiduciaria S.A., continúe los actos de disposición sin control alguno, de los cánones de arrendamiento del inmueble antes referido (ibidem, doc. 22).

3. El juzgado mantuvo la providencia censurada, tras exponer que no se cumple con el criterio de apariencia de buen derecho, pues se aportó un documento rotulado “Informe de Gestión – Partícipes Fideicomiso”, pero



no es suficiente para acreditar aquel requisito, por no ser claro que la demandada haya incumplido con entrega de excedentes a los beneficiarios invocados en la demanda, y resulta imperioso contar con los medios de prueba de ambas partes, para luego de surtir su contradicción, tener la certeza de si existió incumplimiento atribuible al demandado (ib. doc. 25).

Con posterioridad e juez *a quo* adicionó la anterior providencia para conceder el recurso de apelación (ibíd. doc. 30).

CONSIDERACIONES

1. Visto el recurso de apelación con los elementos de juicio pertinentes, aflora la confirmación del auto apelado, por cuanto la medida cautelar solicitada, no cumple con los requisitos establecidos en el literal c), numeral 1° del art. 590 del Código General del Proceso, en tanto que, de un lado, es de aquellas tipificadas en dicho estatuto y que, por consiguiente, no procede la petición bajo la connotación de medida innominada, y de otro lado, actualmente no hay elementos de juicio sólidos que permitan inferir los supuestos de hecho que tienen directa relación con la acreditación de lo exigido en dicho precepto normativo.

2. Para comenzar, reitérase de nuevo que las medidas cautelares son una forma de tutela jurídica instrumental y preventiva, que se autoriza para ciertos casos, por fuera del proceso, en su inicio o en el curso del mismo, cuando quien las solicita exhibe unas precisas circunstancias, como la apariencia del derecho cuya protección se busca (*fumus boni iuris*) y el peligro de daño por la demora del proceso o de los mecanismos normales de protección (*periculum in mora*). De manera que las cautelas son herramientas para garantizar un estado de hecho o de derecho, o el eventual resultado favorable de un proceso judicial.

Empero, ha sido regla tradicional que esas medidas proceden de forma limitada, porque la ley tan sólo las permite en determinados asuntos bajo determinadas formas, esto es, consagradas de manera típica, aunque por desarrollo del tema concerniente a la necesidad de eficacia de las decisiones judiciales, en épocas más recientes se ha abierto la permisión de



un número cada vez mayor de casos en que son factibles dichas medidas, a más de la amplitud respecto de la clase de medidas precedentes. Con todo, el carácter de especificidad aún reinante impide la usanza en forma generalizada.

3. Acorde con esa ordenación, el artículo 590 del Código General del Proceso prevé varias medidas cautelares para procesos declarativos, entre esas, las del numeral 1°, literales *a)* y *b)*, que autorizó la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos registro, en dos situaciones, *(i)* una cuando ese libelo “*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*”, además del secuestro de los demás bienes en dicha hipótesis (literal *a)*, y la otra *(ii)* de “*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*” (literal *b)*). Agregó que cuando hay sentencia de primera instancia favorable al demandante, éste podrá pedir “*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*” (inciso segundo).

En lo que interesa aquí, el ordinal *c)* del citado numeral 1° del art. 590, también permite decretar “*cualquiera otra medida que el juez encuentra 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*” (inciso primero).

Regla que permite a los demandantes provistos de una apariencia de buen derecho, cautelas que se han denominado atípicas o innominadas, para que puedan impedir el quebranto del derecho objeto del litigio, o asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, en determinados eventos y bajo ciertos requisitos que exigen una especial ponderación por parte del juez, pero no con el propósito de habilitar una facultad general e ilimitada de decretar cualquier cautela sobre el patrimonio del demandado; ni mucho menos permitir que por esa vía se logre una medida típica que no



está prevista para los procesos declarativos. Si esto último hubiese sido lo querido, el legislador lo habría previsto de manera expresa y sin tantas restricciones.

De no ser así, habría un riesgo para el patrimonio del demandado, quien podría verse afectado por el simple hecho de ser convocado a juicio declarativo, al punto de quedar sometido al vaivén de las valoraciones que el funcionario judicial pudiere emitir en torno al interés del demandante, con posibilidad de daños para el ejercicio de los derechos y las libertades de aquel, así como un factor de perturbación en la dinámica de las negociaciones que pudiere desarrollar sobre sus bienes.

Más aún, en los eventos de viabilidad de la medida cautelar innominada, el legislador establece un sistema de contrapesos para conducir el criterio del juzgador por senderos medidos, al contemplar en el inciso 3° de ese literal, que el funcionario debe tener *“en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad, proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada”*, respecto de la cual *“establecerá su alcance, contenido, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, o sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”*.

En compendio, la ordenación de esta medida exige para su procedencia estos requisitos: *a)* que se trate de *“otra medida”*, esto es, distinta de las allí consagradas; *b)* la medida debe considerarse razonable por el juez para proteger el derecho objeto del litigio, o impedir que se infrinja o evitar las consecuencias de esa infracción, o prevenir daños o hacer cesar los ya causados, o asegurar la efectividad de la pretensión; *c)* debe apreciarse por el juez la legitimación o interés de ambas partes para actuar; *d)* tiene que haber una amenaza real o vulneración del derecho, pues la protección es viable para *“impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma”*, para evitar *“daños, hacer cesar los que se hubieren causado...”*; *e)* apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), esto es, que haya una base probatoria suficiente para considerar que el demandante tiene alta probabilidad de razón y de ganar el pleito; *f)* el juez debe evaluar la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida solicitada, o que



él considere viable, porque dentro del espectro normativo, puede decretar una menos gravosa o distinta a la solicitada. Además, el juez debe establecer el alcance de la medida, así como su duración, y puede disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cesación de la medida que haya ordenado.

4. Debe atenderse que esas medidas de procesos declarativos, innominadas, atípicas o discrecionales, en línea de principio, deben operar para situaciones en que las expresamente autorizadas en dichos procesos, no ofrezcan suficiente protección al derecho, o no sean aptas para evitar su infracción, para prevenir daños o garantía de efectividad. Menguas que desde luego deben darse en relación con la naturaleza especial de las controversias, *verbi gratia*, asuntos por vulneración de derechos a la salud y la vida, derechos de autor o de propiedad industrial, de protección al consumidor, al ambiente u otros similares, eventos en que los daños no siempre pueden resarcirse con dinero, esto es, que por su especial caracterización no todas las veces encuentran remedio en prestaciones económicas posteriores, y por eso reclaman cautelares creativas de remedio o prevención construidas por el juez a partir de la solicitud respectiva.

Tan especiales medidas, por ejemplo, sin plantear una lista restrictiva, pueden consistir en: prohibiciones para continuar unas conductas o acciones que afecten los derechos del solicitante; órdenes para que se ejecuten acciones concretas, como cirugías o tratamientos encaminados a restablecer o mejorar las condiciones de salud de una persona mientras dura el proceso¹, o para acciones de conservación o preservación de recursos ambientales, de bienes muebles o inmuebles (pintura, retoques, arreglos, etc.), comiso o aprehensión de bienes, inmovilidad jurídica de derechos inmateriales, que en todo caso sean tendientes a evitar situaciones irreversibles o irremediables de los derechos y bienes objeto de la controversia.

¹ Sobre este punto el profesor Jairo Parra Quijano cita el caso decidido por los tribunales argentinos, sobre colocación de una prótesis para sustitución del antebrazo izquierdo de un afectado; Conferencia *Medidas Cautelares Innominadas*; en la compilación del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014, págs. 331 y ss.



Y aunque no sería prudente descartar en forma absoluta para esos asuntos, medidas de embargo y secuestro, sí parece sensato entender que estas cautelas deben ser más restringidas, primero, porque entonces no tendrían el carácter innominado o atípico, y segundo, por cuanto no luce razonable que so pretexto de esas medidas, permitidas de forma excepcional, pueda abrirse la puerta para que en los procesos declarativos sean viables sin más toda clase de medidas cautelares, incluidas las típicas, con la sola excusa de que la controversia no versa sobre derechos reales, o que se desconoce si el demandado tiene bienes sujetos a registro.

5. Tal perspectiva parece ser la tomada en cuenta por el estatuto procesal en la consagración de esas medidas especiales, al anotar que será *“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...”*; como también más adelante al prever en renglones posteriores del literal c) que el juez debe establecer la proporcionalidad, alcance, duración, al igual que de oficio disponer la modificación, sustitución o cese de tales medidas; y que cuando sean medidas relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado puede oponerse mediante caución que garantice *“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”*.

Y no sobra apuntar que la norma tiene cierto grado de relatividad en cuanto a los asuntos para las cautelas innominadas o atípicas, e inclusive, cual se ve en el precepto, se refiere a las medidas en tratándose de pretensiones económicas o de otra naturaleza, pero esa textura legal no puede entenderse de forma abierta o ilímite, porque el objetivo es la protección por medio de *“cualquiera otra medida”* que el juez vea apropiada, bajo determinadas exigencias que la restringen, acorde con la noción consistente en que, a pesar del amplio espectro de cautelas en el derecho moderno, de todas maneras deben interpretarse con sumo cuidado, tanto más que pueden afectar derechos y libertades de los contendientes.



Es que la percepción aquí analizada sobre la especial tipología de esas medidas innominadas, luce apropiada desde una sana crítica, tanto más de considerar, cual se anotó, que si lo querido por el legislador hubiera sido una autorización más general de cautelas en procesos declarativos, así lo habría dispuesto sin rodeos, en lugar de consagrar para estos algunas de ellas, como la inscripción de la demanda.

6. Reflexiones que impiden acoger lo pedido por el demandante, porque bajo la etiqueta de cautela innominada, no resulta razonable inmovilizar unos dineros, cual si fuese una especie de embargo de ellos, bien sea por depósito judicial a órdenes de este asunto, o en otra forma.

Por lo cual fue acertada la negativa de la medida cautelar, pues sin duda es una especie de embargo y retención de dineros, en concreto, la instituida en el artículo 593-4 del CGP, que no es propia de los procesos declarativos, para los que el legislador consagró la inscripción de la demanda en bienes sujetos a registro de propiedad del demandado, medida que, por cierto, acogió el auto impugnado, al ordenar la inscripción sobre unos bienes inmuebles.

7. En cuanto a los argumentos del apelante, tendientes a demostrar que se cumplen los requisitos para la medida que rotuló de innominada, carecen de razón, porque la pidió en relación con pretensiones de pago de sumas por cánones de arrendamiento, para que estén disponibles, si la sentencia lo ordena a favor de los partícipes demandantes; pese a que tal cariz lleva consigo eventos hipotéticos que en los albores del proceso, no tienen una alta probabilidad de razón, cual adujo el demandante.

Para iniciar, en el escrito inicial se aludió a una etapa contractual llamada “de operaciones”, de la cual buscan derivar su derecho los demandantes, a recibir rendimientos de las sumas que por arrendamiento recauda Acción Sociedad Fiduciaria S.A., como vocera del patrimonio autónomo denominado “Fideicomiso Lote Complejo Bacatá”.

Aunque en desarrollo del proyecto inmobiliario, según se expuso en el hecho 8.2. de la demanda (cuad. principal, doc. 01, pág. 76), para llegar a



la “etapa de operaciones”, debían cumplirse unas etapas previas, aspecto que es de importancia y deberá ser objeto de debate probatorio y jurídico, en aras de establecer el grado de cumplimiento de las etapas, entre esas, tal etapa de operaciones, y luego examinar si se abrió paso a la entrega de los rendimientos de los cánones, punto central de la medida cautelar.

Tampoco se aprecia amenaza real o vulneración del derecho a raíz de la conducta de la parte demandada, porque según la demanda, la fiduciaria ha recaudado los cánones mencionados, desde 3 de abril de 2017 y ha dispuesto de los dineros sin control, en desmedro del derecho de cada partícipe del proyecto, de recibir su porcentaje.

Acontecer no acreditado, pues en el hecho 159.4 de la demanda se citó el documento informe de gestión de los partícipes, en período “01/07/2018 y el 31/12/2018”, en que la fiduciaria adujo que los dineros “*recibidos por concepto de cánones de arrendamiento del III y IV Trimestre, han sido insuficientes debido a que (i) existe una cartera en mora de más del 40%, correspondiente a los cánones de arrendamiento, (ii) el 52% de las áreas comerciales se encuentran en vacancia, (iii) Marcas que han realizado acuerdo de pago de cartera vencida y a la fecha se encuentran incumplidos, (iv) se han cubierto gastos correspondientes a la servicios de vigilancia, aseo, arreglos de baños, extractores, entre otros; gastos que deben ser atendidos por las expensas correspondientes a la administración de estas áreas. Lo que no ha permitido que dentro de los mismos períodos pueda realizarse una distribución de las utilidades a los Partícipes que hacen parte de los patrimonios autónomos de las áreas comerciales del proyecto*» (ibidem, doc. 01, pág. 153).

8. De esa forma, no emana sin dudas que la conducta endilgada a la fiduciaria, de disponer los cánones, sea incontrolada, por alegar variables como una cartera en mora, que no todas las áreas comerciales estaban arrendadas, que hay acuerdos de pago incumplidos y el deber de cubrir, con los dineros fruto de los cánones, gastos correspondientes a servicios de vigilancia, aseo, arreglos de baños, extractores, entre otros.

Por eso, los puntos alegados no muestran apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), pues cual se observa en las disertaciones expuestas, hay



más interrogantes que certezas, sin que en nada incida el número de pretensiones planteadas, porque la base probatoria será la que permite estimar la probabilidad de razón de ganar los demandantes.

De ahí que, además de la improcedencia de la cautela por ser de linaje típico que se pretende mostrar como atípica, es apresurada la solicitud en la forma planteada, que significaría anticipar una eventual condena a favor de la parte accionante, sin atender el normal curso del proceso declarativo que lleve a poner fin al litigio mediante sentencia. Y reiterase, ya hay unas medidas cautelares acogidas: la inscripción de la demanda en varios bienes inmuebles de propiedad del demandado.

9. En resolución, si la medida cautelar pedida es impropia de estos asuntos, además de no haber elementos de juicio suficientes para ver con cierta certeza la responsabilidad civil contractual pedida, debe ratificarse el auto recurrido. Se condenará en costas al recurrente (art. 365-1 del CGP).

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, **confirma** la providencia de fecha y procedencia anotadas.

Condenar en costas al recurrente. Para su valoración, prevista en el art. 366 del CGP, se fija la suma de \$1.500.000 como agencias en derecho.

Notifíquese y en oportunidad devuélvase.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL SUP. DE BOGOTÁ, SALA CIVIL