

TEMA: IMPUGNACIÓN DE ACTOS DE ASAMBLEA – para su procedencia, a más de verificar que se haya constituido la caución exigida, incumbe al juez analizar el acto atacado en confrontación con la norma, estatuto o reglamento que se denuncia como infringido, y si de ese comparativo o de las pruebas allegadas con la solicitud, aflora la trasgresión, procede el decreto de la cautela. / **MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS** /

HECHO: En el presente proceso declarativo, donde se impugnan los actos de asamblea, el a quo habiéndose prestado a satisfacción la caución exigida, decretó la medida cautelar solicitada. La sala debe determinar si acertó el juez de primera instancia, con respecto a reconocer y decretar la medida cautelar, o si por el contrario dicha decisión debe revocarse.

TESIS: “En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale.” (...) De la sola literalidad del precepto brota con total nitidez que la procedencia de la cautela depende de que la violación denunciada por el demandante fluya de la confrontación del acto acusado con la norma, el reglamento o los estatutos que aquél invoca como infringidos, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, aspectos estos que, obviamente, debe verificar el juez para decretarla. (...) No otra cosa puede exigir y menos con base en el aparte del artículo 590 citado por el recurrente, que corresponde a su literal c, regulatorio de las llamadas medidas cautelares innominadas, en relación con las cuales precisamente al no haber sido especificadas por el legislador –pues provienen de la creatividad del demandante e incluso del propio juez-, son mayores los requisitos que debe este verificar, entre otros, la “apariencia de buen derecho”, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, tareas que en tratándose de cautelas nominadas ya ha realizado el legislador. De ahí que en relación con estas últimas baste verificar los requisitos establecidos para su procedencia por la norma que las consagra. (...) La cautela consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado no es medida innominada, pues se encuentra específicamente prevista en el artículo 382 del C.G.P. No tendrá que desviarse en otras elucubraciones como si hay o no “apariencia de buen derecho”, necesidad, efectividad y proporcionalidad, porque ya el legislador superó esos puntos al consagrar expresamente dicha cautela y al hacerlo, lógicamente, consideró que, si del examen o confrontación aludidos emerge la infracción, es porque hay apariencia de buen derecho. Si el acto prima facie se muestra trasgresor de la norma, reglamento o estatuto señalado, sabiamente privilegió el legislador procesal esa circunstancia sobre la eventual “necesidad, efectividad y proporcionalidad” que exige para las llamadas medidas innominadas.

MP. PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA

FECHA: 27/11/2023

PROVIDENCIA: AUTO



MAGISTRADA: PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
*"Al servicio de la justicia
y de la paz social"*

A – 143

Procedimiento: Declarativo (verbal de impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios)

Demandante: Pablo Sanín y otros.

Demandado: Edificio Torre Oviedo P.H.

Radicado: 05001 31 03 021 2023- 00173 01

Procedencia: Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Medellín.

Asunto: Apelación contra auto que decreta medida cautelar

Decisión: Confirma.

Temas: La medida de suspensión provisional del acto impugnado es nominada. Su procedencia depende de la satisfacción de las exigencias previstas por el art. 382- segundo inciso C.G.P.

Medellín, veintisiete (27) de Noviembre del dos mil veintitrés (2023)

Procede la suscrita Magistrada a resolver el recurso de apelación interpuesto como subsidiario por el señor apoderado de la parte demandada contra el auto proferido el día 23 de junio del calendario que avanza, que decretó la medida cautelar de suspensión de la decisión impugnada, deprecada por la demandante.

ANTECEDENTES

En el proceso de la referencia, mediante auto del pasado 23 de junio, el señor Juez Veintiuno Civil del Circuito de Medellín, habiéndose prestado a satisfacción la caución exigida, decretó la medida cautelar solicitada, en los siguientes términos: *“se decreta la suspensión provisional de los efectos de la decisión de prorrogar el régimen de operación hotelera, decisión adoptada en la asamblea general de propietarios del 7 de marzo de 2023. Por secretaría comuníquese la decisión adoptada al Administrador de la copropiedad demandada”*.

Frente al anterior proveído, el señor apoderado de la accionada interpuso los recursos de reposición y, en subsidio, apelación, expresando que para el decreto de medidas cautelares deben verificarse las exigencias previstas por el artículo 590 del C.G.P., a saber, legitimación e interés para actuar, existencia de amenaza o vulneración del derecho, la apariencia de buen derecho, así como la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

Acusa al juez de no haber realizado ningún juicio jurídico ni probatorio para acceder a la medida cautelar, desatendiendo así el artículo 279 del C.G.P. y de paso los artículos 7 y 13 del mismo estatuto. Luego de citar jurisprudencia sobre el deber de motivar las decisiones, transcribe el artículo 382 del citado estatuto, disposición especial para el proceso de impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios, cuyo segundo inciso regula la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto impugnado, destacando de allí que entonces incumbe al solicitante afirmar la violación de la norma y al juez analizar si se da o no esa violación para poder decidir si decreta o niega la medida, lo que en este caso no se

hizo, pues se decretó de manera automática ante la sola prestación de la caución exigida. Resalta que conforme al artículo 49 de la Ley 675 de 2001, la impugnación contra las decisiones de los órganos de la propiedad horizontal puede plantearse *"cuando no se ajusten a las prescripciones legales o al reglamento de la propiedad horizontal"*, y en el mismo sentido van los artículos 190 y 191 del C. de Co.

Sin embargo, advierte, los hechos narrados en la demanda no apuntan a lo que en abstracto prevén aquellas disposiciones legales *"sino, más bien, a la inconformidad intersubjetiva de los demandantes respecto de una o varias disposiciones del reglamento de propiedad horizontal que ha existido desde la constitución misma de la copropiedad, mediante la Escritura Pública No. 8526 del 29 de noviembre 2008 otorgada en la Notaría 12 del círculo notarial de Medellín."*

De otra parte, aduce que la medida cautelar decretada no atiende los criterios de necesidad, efectividad y proporcionalidad de que trata el artículo 590 del C.G.P. En este punto, acota que la Escritura Pública No. 8526 del 29 de noviembre 2008 otorgada en la Notaría 12 del círculo notarial de Medellín contiene, además del reglamento de propiedad horizontal del Edificio Torre Oviedo P.H., las reglas contractuales aplicables, de un lado, a la copropiedad y a los propietarios de bienes privados, y del otro, al operador hotelero, a efectos de que este realice la explotación correspondiente. Y explica que *"A través de esta modalidad, el operador hotelero y los propietarios conforman un negocio conjunto. Como es usual en la industria, los artículos que componen el régimen de operación hotelera establecen los alcances para que el operador ponga al servicio del negocio conjunto su marca, trayectoria,*

conocimiento, experiencia, gestión operativa y administrativa, así como los parámetros bajo los cuales la copropiedad y los propietarios de bienes privados ponen al servicio de la operación su activo hotelero, representado en inmuebles y dotación"

Agrega que el régimen de operación hotelera no solo está inserto en el reglamento de propiedad horizontal, sino que existe además un contrato de cuentas en participación respecto de cada propietario que se adhiere a la explotación.

Por lo anterior, afirma, la medida cautelar no surte el efecto que pretende darle la parte actora, pues la prórroga del régimen de operación hotelera se prevé de manera automática en los artículos 75 y 97 del reglamento de propiedad horizontal, y para que la prórroga automática no opere, los mismos artículos establecen el mecanismo del preaviso con un (1) año de antelación. Es decir, lo que por reglamento de propiedad horizontal asiste a los propietarios es la posibilidad de aprobar la remisión de un preaviso de no prórroga, con antelación de un (1) año, lo que *"en el presente caso, no aconteció, dado que la referida propuesta no consiguió la mayoría calificada que exige el reglamento de propiedad horizontal."* Concluye así *"entonces que la decisión que se ataca, no guarda congruencia con el acto que se cuestiona en la demanda. Es que la decisión adoptada en la reunión de Asamblea, en la fase de "proposiciones y varios", consiste en no hacer uso del derecho a impedir la prórroga del contrato con Hoteles Estelar como el operador hotelero de la P.H. y no, como equivocadamente lo dice el auto, en "prorrogar el régimen de la operación hotelera"."*

Sobre los recursos interpuestos se pronunció la apoderada de la parte actora manifestando su oposición al levantamiento de la medida, pues todos los requisitos del artículo 590, afirma, se cumplen en la demanda y sus anexos. Asevera que basta cotejar cuál es el órgano competente para decidir sobre el contrato comercial de régimen de operación hotelera, como lo establece el reglamento de propiedad horizontal en su art. 75, y la forma como se puso a discusión el tema en la asamblea general. *“Es decir, que sin haberse conformado jamás la Asamblea sectorial del módulo B o sector Hotelero, la Asamblea General no tiene competencia para pronunciarse a favor o en contra de continuar o no con ese “contrato comercial” contenido en el denominado artículo 97 de la Escritura Pública que contiene el RPH.”* Por ello estima que es clara la ilegalidad de la decisión.

Se muestra en desacuerdo con el criterio del recurrente en punto a una supuesta inserción del Régimen de Operación Hotelera en el Régimen de Propiedad Horizontal por el solo hecho de estar contenidos en la misma escritura pública, pues son dos regímenes regidos por principios y ordenamientos diferentes, *“porque esta forma especial de dominio que regula la Ley 675/01 no permitiría siquiera que se limitara el derecho legítimo del propietario a arrendar por menos de un año, e incluso, en esta copropiedad destinada también a alojamiento turístico, a celebrar contratos de hospedaje por sí, o a través de un operador turístico que generara mayor rentabilidad que el dichoso contrato de cuentas en participación que Hoteles Estelar S.A ofrece en su condición de único autorizado.”*

El recurso horizontal fue despachado negativamente mediante auto del pasado 28 de septiembre, por lo que se concedió el de apelación, que pasa a resolverse con base de las siguientes

CONSIDERACIONES.

Se advierte *ab-initio* que la medida cautelar solicitada por la parte actora y decretada por el señor juez A-quo no es otra que la prevista en su segundo inciso por el artículo 382 del C.G.P., el cual establece disposiciones especiales para el proceso de impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios, precepto del siguiente tenor, en lo pertinente: "*En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale.*"

De la sola literalidad del precepto brota con total nitidez que la procedencia de la cautela depende de que la violación denunciada por el demandante fluya de la confrontación del acto acusado con la norma, el reglamento o los estatutos que aquél invoca como infringidos, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, aspectos estos que, obviamente, debe verificar el juez para decretarla. No otra cosa puede exigir y menos con base en el aparte del artículo 590 citado por el recurrente, que corresponde a su literal **c**, regulatorio de las llamadas medidas cautelares innominadas, en relación con las cuales precisamente al no haber sido especificadas por el legislador -pues

provienen de la creatividad del demandante e incluso del propio juez-, son mayores los requisitos que debe este verificar, entre otros, la “apariencia de buen derecho”, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, tareas que en tratándose de cautelas nominadas ya ha realizado el legislador. De ahí que en relación con estas últimas baste verificar los requisitos establecidos para su procedencia por la norma que las consagra.

La cautela consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado no es medida innominada¹, pues se encuentra específicamente prevista en el artículo 382 del C.G.P, que justamente consagra disposiciones especiales para el proceso de “impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios”. De modo que, para su procedencia, a más de verificar que se haya constituido la caución exigida, incumbe al juez analizar el acto atacado en confrontación con la norma, estatuto o reglamento que se denuncia como infringido, y si de ese comparativo o de las pruebas allegadas con la solicitud, aflora la trasgresión, procede el decreto de la cautela. No tendrá que desviarse en otras elucubraciones como si hay o no “apariencia de buen derecho”, necesidad, efectividad y proporcionalidad, porque ya el legislador superó esos puntos al consagrar expresamente dicha cautela y al hacerlo, lógicamente, consideró que si del examen o confrontación aludidos emerge la infracción, es porque hay apariencia de buen derecho. Y si el acto *prima facie* se muestra trasgresor de la norma, reglamento o estatuto señalado, sabiamente privilegió el legislador procesal esa circunstancia sobre la eventual “necesidad, efectividad y proporcionalidad” que exige para las llamadas medidas innominadas.

¹ Innominadas, significa sin “*nomen*”, no nominadas, las que carecen de nombre, por tanto, no pueden considerarse innominadas a las que tienen designación específica; como lo expresa la Real Academia Española –RAE- “(...) *Innominado(a): Que no tiene nombre especial (...)*”¹ (sentencia STC 15244-2019)

En el caso que ahora nos ocupa, la demanda de impugnación -con todo y sus imprecisiones- se basa en que el acto cuestionado infringe la propia reglamentación establecida en la escritura pública por la cual se constituyó el Régimen de Propiedad Horizontal del Edificio Torre Oviedo P.H., en tanto al decidir no preavisar la "no prórroga" del operador hotelero Hoteles Estelar S.A.S., habilita la continuación de un "contrato" inexistente o nulo puesto que nunca se cumplió la condición suspensiva a que quedó sometido aquello en el referido acto escriturario.

De modo que lo que debe verificarse en este caso en aras de poder concluir la procedencia o no de la medida, es si del análisis del acto de cara a las pruebas allegadas con la demanda, aflora la trasgresión. Y aunque en este punto conviene acotar que no por estar recogido en la escritura pública que contiene el reglamento de propiedad horizontal, el convenio de operación hotelera deja de ser un negocio jurídico comercial que nada tendría que ver con aquél, si se repara en las definiciones de los artículos 1º y 3º de la Ley 675/01 sobre Propiedad Horizontal, Régimen de Propiedad Horizontal y Reglamento de Propiedad Horizontal, tampoco puede desconocerse que en una misma escritura pública pueden plasmarse diferentes actos o negocios jurídicos, ni tampoco que en este caso, como lo expresa el apoderado de la accionada, esas regulaciones del régimen hotelero se imbrican a lo largo del escrito con las propias del reglamento de propiedad horizontal. Que, en todo caso, tampoco es este el escenario para segmentar el instrumento que se denominó "Reglamento de Propiedad Horizontal".

Pero es lo cierto que el análisis del acto atacado, a la luz de las pruebas allegadas con la solicitud, puntualmente de la citada escritura pública, indica que aquél no es consecuente con la existencia de la condición suspensiva a que quedó sometido todo el ulterior devenir del operador hotelero Hoteles Estelar S.A., según lo establecido en el artículo 97 que hace parte del Capítulo XIX "DISPOSICIONES PARA EL REGIMEN DE OPERACIÓN HOTELERA", del siguiente tenor, en lo pertinente:

"El sector B o Sector hotelero será operado y administrado igualmente por HOTELES ESTELAR S.A., quien en la presente reglamentación se denominará El Operador. Inicialmente esta designación es provisional y tendrá vigencia hasta la primera reunión de la Asamblea de Propietarios del Sector B o del sector Hotelero y en la cual se deberá ratificar o se deberá designar otro operador hotelero.

Si se ratifica a la sociedad HOTELES ESTELAR S.A., como Operador Hotelero definitivo, la operación y administración hotelera y la operación y administración de los bienes asignados al Sector B o Sector Hotelero, se regirá por las siguientes normas generales:...."

Significa lo destacado que los derechos y obligaciones señalados en las normativas siguientes, quedaron condicionados a la ratificación de Hoteles Estelar S.A. como Operador Hotelero por la primera reunión de la Asamblea de Propietarios del Sector B o Sector Hotelero (artículo 1530 Código Civil). Mientras dicha reunión no se lleve a cabo, Hoteles Estelar S.A., conserva la calidad de **administrador provisional** de dicho sector.

Pues bien, es bajo el numeral 11 de dicho capítulo, es decir, con posterioridad al aparte que viene de destacarse, que se encuentra la siguiente cláusula:

“PLAZO DE OPERACIÓN: *La operación objeto del presente régimen, tendrá una duración de QUINCE (15) años, contados a partir de la fecha de apertura del Hotel. Este plazo se prorrogará automáticamente, por períodos iguales, a menos que una cualquiera de las partes (entendiéndose por tal el Operador y la Asamblea de propietarios) manifestare a la otra su intención de no prorrogarlo, mediante aviso escrito efectuado con una antelación no inferior a doce (12) meses anteriores a la fecha de terminación del plazo mencionado o de cualquiera de sus prórrogas. Si fueren los propietarios quienes tomaren la decisión de no prorrogar la operación, y nombrar otro operador hotelero, esta decisión deberá ser aprobada por la Asamblea de Copropietarios del Sector Hotelero, con un quorum calificado o mayoría calificada del setenta por ciento (70%) de los coeficientes o porcentajes indicados en el Modulo B.”*

Lo anterior obliga las siguientes dos conclusiones: 1) Que el plazo de operación inicial y sus prórrogas quedaron sometidos a la condición de que Hoteles Estelar S.A fuere ratificado en la primera reunión de la Asamblea de Propietarios del Sector B o Sector Hotelero, pues mientras tanto su calidad sería la de administrador provisional; y, 2) Que, superado lo anterior, es decir, de haberse producido aquella ratificación, el preaviso para impedir la prórroga que adoptase la Asamblea de Propietarios, requeriría aprobación de la Asamblea de Copropietarios del Sector Hotelero con mayoría calificada del 70% de los coeficientes indicados en el Módulo B.

Ahora, brilla por su ausencia en la documentación hasta hoy obrante en el proceso, la prueba del acta de la Asamblea de Copropietarios del Sector B o Sector Hotelero en la cual se hubiese producido la RATIFICACIÓN de Hoteles

Estelar S.A., de lo que dependía la obligatoriedad de lo establecido en el citado numeral 11 que viene de comentarse.

De lo visto se sigue que la decisión adoptada en la Asamblea de Propietarios del Edificio Torre Oviedo P.H. celebrada el 7 de marzo del calendario que finaliza, carece de soporte ante la ausencia de prueba, en esta etapa liminar, del cumplimiento de la condición, lo que indica la procedencia de la medida en tanto el acto atacado desconoce lo establecido en el aludido reglamento, y de paso lo previsto por el artículo 49 de la Ley 675/01.

Por lo expuesto, la suscrita magistrada

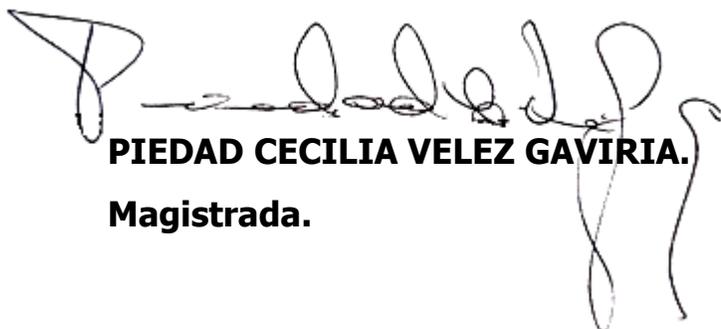
RESUELVE

Primero: CONFIRMAR el auto apelado.

Segundo: Costas a cargo del demandado apelante y en favor de la parte actora (art. 365-1 C.G.P.). Ejecutoriado este auto se procederá a fijar agencias en derecho.

Tercero: Cumplido lo anterior, devuélvanse las piezas digitales al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.



PIEDAD CECILIA VELEZ GAVIRIA.
Magistrada.

Firmado Por:

Piedad Cecilia Velez Gaviria

Magistrada

Sala 002 Civil

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **36fe154a697fd293b2c59f8eff3492ba94fe2d242b1daf552277d51069fc8754**

Documento generado en 28/11/2023 08:13:56 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>