



*Tribunal Superior del Distrito Judicial
Manizales
Sala Civil-Familia*

Magistrado Sustanciador: Dr. ÁLVARO JOSÉ TREJOS BUENO.

Manizales, treinta de noviembre de dos mil veintiuno.

I. OBJETO DE DECISIÓN

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto proferido el 20 de septiembre de 2021, por medio del cual el Juzgado Tercero de Familia de Manizales, resolvió solicitud formulada dentro de proceso declarativo de existencia de unión marital de hecho, promovido por la señora María Elena Grisales González, frente a los herederos determinados de la causante María Gladys Sánchez Obando, a saber, William de Jesús Sánchez Obando, Sandra Patricia Gómez Sánchez, Claudia Marcela Gómez Sánchez y César Augusto Gómez Sánchez, así como los demás herederos indeterminados.

II. PRECEDENTES

1. La parte demandante, con posterioridad a la admisión de la demanda, rogó medida cautelar innominada con fundamento en el artículo 590 del C.G.P. numeral 1° inciso C, apariencia del buen derecho, direccionada a oficiar con carácter urgente al Juzgado Primero de Ejecución Municipal de Manizales, comunicándole que el inmueble, motivo de proceso ejecutivo inicialmente adelantado en el Juzgado Séptimo Civil Municipal de la ciudad, donde funge como demandante la señora Gloria Inés Roncancio Rodríguez y como únicos demandados los herederos indeterminados de la causante María Gladys Sánchez Obando, radicado N° 170014003007-2021-00112-00, quede a disposición del proceso declarativo. El bien está identificado con matrícula inmobiliaria N° 100-30497 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Manizales, ubicado en la calle 11 B 4D-03 Célula 11 Núcleo 2 Apto. 101 Urbanización Villapilar de Manizales, el cual actualmente es poseído por la reclamante en su condición de compañera permanente de la causante, desde el momento de su adquisición y lo ha seguido ocupando desde la muerte de su compañera; además suplicó que la diligencia de secuestro programada y ordenada sobre el bien se suspenda, hasta que el Juzgado de conocimiento

pronuncie la respectiva sentencia y quede en firme. Señaló que en tal dirección, el Despacho debía oficiar con carácter urgente al Juzgado Primero de Ejecución Municipal de Manizales, a efecto de que ejecute sin dilación la orden y procediera a oficiar a la Alcaldía de Manizales, Secretaría de Gobierno, dando a conocer que el inmueble queda por cuenta del Juzgado de Familia. Al efecto, hizo énfasis en la naturaleza de la medida cautelar innominada, para deducir que la cautela cumple con los requisitos propios¹.

2. El 20 de septiembre de 2021 el Juzgado de instancia resolvió que la petición no es de recibo por cuanto el derecho perseguido por la demandante aún es incierto, de modo que no hay lugar a decirse por ahora, que es “dueña absoluta”, hasta como se infiere “se dicte sentencia en el proceso y de la cual por obvias razones jurídicas, por ejemplo, un eventual fraude procesal, ante la existencia de otro proceso anterior, dentro del cual se encuentra embargado el citado inmueble, pues aún no se tiene conocimiento qué declaraciones se harán al respecto dentro del presente proceso, pues apenas está comenzando el respectivo trámite” -sic-. Acorde con el artículo 590 del Código General del Proceso, añadió que si bien es cierto, se indica entre otros puntos, que, “el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho...”, aún no existe esa certeza de que la demandante tenga ese derecho como dueña absoluta del bien inmueble al que hace referencia, no consideró tener “todavía las herramientas suficientes para llegar a una mediana certeza siquiera de que dicho derecho pertenezca única y exclusivamente a la demandante”².

3. La parte activa interpuso recurso de apelación. A la sazón, y en apretado compendio sostuvo que en el escrito de solicitud se presentaron fundamentos suficientes y necesarios en su criterio, para demostrar la apariencia de buen derecho, a más de que esperar a que el Juzgador tenga la certeza del derecho, pone en riesgo el mismo derecho; agregó que se desconoce el principio de previsión, en cuanto la sentencia se convertiría en un mero formalismo sin ninguna trascendencia o consecuencia práctica, pues no tendría ningún valor; en relación con el *fumus boni iuris*, no se exige la existencia de una certeza absoluta, sino apariencia de buen derecho, dado que no se trata de declarar la existencia del derecho, merced a que la medida cautelar solo llega hasta el momento en que se profiera la sentencia; adujo que los hechos son ciertos, en tanto “nadie se arriesga” a incoar una demanda temeraria o fraudulenta, unido a que el proceso donde está embargado el inmueble fue radicado con posterioridad, como se demuestra con los registros que aparecen en la página de la Rama Judicial en consulta de

¹ Cfr. Documentos 24 y 25, C01Principal, 01PrimerInstancia.

² Cfr. Documentos 26, C01Principal, 01PrimerInstancia.

procesos³.

III. CONSIDERACIONES

1. De los antecedentes reseñados, compete a este Magistrado Sustanciador resolver si el Juzgado de primer nivel incurrió en imprecisiones al denegar el ruego de las medidas cautelares innominadas que se traduce de suspensión de diligencia de secuestro decretada dentro de proceso ejecutivo, y de manera ulterior, dejar a disposición de la litis el inmueble allí perseguido, o si en cambio, su decisión está acorde con los mandatos legales.

En el caso bajo examen es imperioso hacer claridad que lo pretendido por la parte demandante es una medida provisional innominada, que se debería mantener hasta proferirse la sentencia dentro del actual proceso.

2. Para empezar, se advierte que concerniente con las medidas cautelares en el procesos declarativos de conformidad con el artículo 590 del Código General del Proceso, se crearon las innominadas, atípicas o discrecionales, por cuya virtud el juzgador de turno puede adoptar los instrumentos que, en cada caso en concreto, estime necesarios, razonables y proporcionados para la salvaguarda del derecho sustancial debatido.

En efecto. En los procesos declarativos, desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez puede decretar, por fuera de las medidas típicas o tradicionales, cualquiera otra medida que se “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”.

Acorde con la regulación, se pueden establecer sus supuestos, así:

(a) Es rogada. Requiere de solicitud del demandante.

(b) Precisa de caución. El interesado debe otorgar contracautela, enderezada a cubrir los potenciales daños y perjuicios que se puedan irrogar a la contraparte, con motivo de la práctica de las medidas cautelares.

³ Cfr. Documentos 28 y 29 C01Principal, 01PrimeraInstancia.

(c) Genera un poder autónomo y discrecional para el juez. El artículo 590 estableció que el juez “podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”, de suerte que el Juzgador, atendidas las circunstancias del caso, puede optar por el cambio de medida o el decreto de una diferente a la solicitada.

(d) La medida debe ser razonable, en consideración a los fines de la misma, esto es, la tuitiva del objeto de litigio, conjurar la infracción del derecho, prevenir o cesar la causación de perjuicios o asegurar, en todo caso, la realización material de la pretensión.

(e) La cautela debe ser proporcional, necesaria y efectiva para la salvaguarda del derecho. Atiende las particularidades de cada caso en concreto. En ese sentido, el Juez puede optar, según las circunstancias, por la medida que estime conveniente, inclusive como una de las típicas previstas para otros procesos, como la anotación cautelar de la demanda o el embargo o secuestro de bienes.

(f) Debe sopesar la legitimación, o sea, el interés sustancial para reclamar y ser reclamado, lo cual supone que, en principio, ha de ser legítimo, serio y actual.

(g) Se debe analizar la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Es un examen preliminar objetivo acerca de las connotaciones del debate jurídico-fáctico. Guarda relación con el peligro en la demora o “Periculum in mora”, en cuanto refulja el riesgo de que el derecho pretendido no pueda hacerse efectivo y real por el tiempo transcurrido durante el curso del proceso.

(h) Se debe considerar la apariencia de buen derecho. Es el denominado “Fumus boni iuris”, concerniente a un análisis, también preliminar, sobre la fortaleza de lo pretendido, en cuanto el demandante aduce evidencia de la cual se pueda colegir que la demanda es fundada, cuando menos en apariencia, porque no se trata de que el juez ab initio despache la controversia.

3. En esta eventualidad, las medidas cautelares se solicitaron en pos de garantizar las resultas de proceso declarativo de unión marital de hecho entre compañeras permanentes, donde se deben demostrar los supuestos, requisitos y temporalidad de la convivencia permanente y singular, evento en el que a primera vista resulta admisible la adopción de cautelas en términos que no hagan ilusoria la reclamación judicial, más debe examinarse por el Juzgador las condiciones de razonabilidad de los

pedimentos cautelares.

Como quiera que el objetivo de las cautelas apuntó a la suspensión de la persecución cautelar dentro de proceso ejecutivo, el recurso en vilo se ha centrado en discutir su procedencia, frente a la negativa de primer grado, entre otras cosas, por sustentar que se trata de un derecho incierto, de suerte que no poderse sostener a la fecha, por el incipiente trámite judicial, que se trata de dueña absoluta del bien perseguido en instancia de cobro forzado.

Sea del caso mencionar que la solicitud de la interesada resulta improcedente dados los matices de las controversias, en virtud a que se pretende la suspensión de medida cautelar decretada en otro proceso, bajo la égida de un derecho que por la naturaleza del proceso declarativo, se traduce en una mera expectativa; aunado, sobre el inmueble debe mediar previo al decreto del secuestro, la medida de embargo, lo que pone los bienes fuera del comercio.

Desde otro punto de vista, la titularidad del dominio a pesar de que eventualmente salieran venturosas las pretensiones del actual debate judicial no se desfigura, ni se controvierte, solo tendría unos efectos posteriores en el trámite liquidatorio, en consecuencia, no serviría de base a su vez para detener los efectos de un embargo y secuestro ya dictados.

Razonamiento adicional se edifica en consideración a que en el proceso ejecutivo no se está en discusión de un derecho, sino en la persecución de una garantía, sumado al estado del debate, por cuanto ya se tramitó su parte central y primigenia, y se trasladó la competencia al Juzgado de ejecución para la almoneda a que haya lugar.

Es cierto que de acuerdo a los registros de la plataforma consulta de procesos nacional unificada el debate ejecutivo fue radicado el 26 de febrero de 2021, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Séptimo Civil Municipal de Manizales, mientras la controversia declarativa fue radicada el 22 de enero de 2021 de conformidad con el acta de reparto de primer grado, pero lo cierto es que las medidas previas adoptadas en el juicio ejecutivo tienen una vigencia en el tiempo consolidadas, que no pueden ser desconocidas, menos usurpadas o cesadas, por un proceso declarativo como el que se tramita. Por adición se resalta por esta Magistratura, que no se trata de los mismos sujetos procesales en contienda, pues la allí acreedora resulta ajena a los efectos de la controversia aquí sustanciada, inclusive la caución de la cautela ni siquiera le beneficia en el conjetural evento de accederse al ruego cautelar, vale decir, que el peso de

cautela deprecada derrumba los efectos de un embargo en vigor, afecta los derechos de un tercero con aspiración legítima y ante una eventual negativa de las pretensiones en la sentencia del proceso que convoca a esta sede, implicaría una dilación injustificada y desmesurada de la materialización de su fin pecuniario de obtener el pago de la obligación ejecutada.

4. Ahora bien, es del caso precisar que la medida cautelar innominada en ningún caso puede advertirse procedente como una cautela para suspender el perfeccionamiento de otra medida previa, para dichos efectos, en el evento de poseer la aquí demandante algún derecho, deberá hacerse parte, u oponerse a la diligencia bajo sus considerandos y con las probanzas del caso, más su clamado es inadmisibile por esta senda judicial.

Bajo la órbita descrita, bien hizo el Juzgador de instancia en denegar la medida cautelar innominada con la dirección impresa por la parte activa; es que inclusive, se prevé que concordante con el canon 598 del Código General del Proceso numeral 2, aún si en gracia de discusión, se hubiera pedido como cautelas nominadas, el embargo y secuestro del inmueble desde la demanda, y en el entendido que fuera extensible a este tipo de debates judiciales, no impide perfeccionar las medidas previas que se decreten sobre dicho bien en trámite de ejecución, en tal sentido, si ni siquiera a pesar de estar perfeccionadas las medidas cautelares dentro de procesos de familia entre ellos la disolución y liquidación de sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes, ejemplificación de la norma en cita, aunque no se hable de declaración de unión marital de hecho y conformación de la sociedad patrimonial, verbigracia, se suspende la materialización de las decretadas en juicio ejecutivo, mucho menos es razonable el propósito de la suspensión aquí pretendida, así como tampoco es viable dejar inconclusa, o suspendida el juicio compulsivo adelantado en Juzgado ajeno y en perjuicio de un tercero que, en defensa de sus intereses, está haciendo valer sus derechos.

En últimas, atendiendo al *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, apariencia de buen derecho y peligro del derecho por la demora, se encuentra ajustada la negativa en el decreto de la medida cautelar en comento, eso sí, por las razones aquí esbozadas. Por tanto sobre este punto se convalidará la decisión.

5. Por lo advertido en precedencia, este Magistrado comparte la posición final asumida por el Juez cognoscente y comulga con la decisión rebatida. En tales condiciones, el proveído será confirmado por las razones aquí delineadas. No habrá imposición de condena en costas en esta instancia por falta de causación.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil-Familia,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR el auto proferido el 20 de septiembre de 2021, por medio del cual el Juzgado Tercero de Familia de Manizales, resolvió solicitud formulada dentro de proceso declarativo de existencia de unión marital de hecho, promovido por la señora María Elena Grisales González, frente a los herederos determinados de la causante María Gladys Sánchez Obando, a saber, William de Jesús Sánchez Obando, Sandra Patricia Gómez Sánchez, Claudia Marcela Gómez Sánchez y César Augusto Gómez Sánchez, así como los demás herederos indeterminados.

Segundo: NO CONDENAR en costas en esta sede.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

ÁLVARO JOSÉ TREJOS BUENO

Magistrado

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Sala Civil-Familia. Auto AJTB 17001-31-10-003-2021-00014-03

Firmado Por:

Alvaro Jose Trejos Bueno
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 9 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

Código de verificación: **924cb9154c3c2d4bd8676bb32d423cedbbb4454d18b9364692efa47e2268b1f2**

Documento generado en 30/11/2021 02:51:34 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>