Medellín, veintinueve (29) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO	Divisorio
DEMANDANTE	María Mónica Moreno Tobón
DEMANDADO	Herederos Determinados e Indeterminados de Nelly de las Mercedes Tobón Gómez
RADICADO	050013103009-**2023-00091**-00
ASUNTO	-. Resuelve recurso de reposición. No repone. -. Concede alzada.

Procede el Despacho a resolver el recurso de reposición y en subsidio apelación[1] formulado por la apoderada judicial de la parte demandante contra al auto diado el 28 de agosto de 2023[2], por medio del cual se negó la procedencia de la medida cautelar de "***embargo*** *de las resultas procesales que se den dentro del proceso sucesoral número 2022-00087, del Juzgado Cuarto de Familia de Oralidad de Medellín",* formulada al interior del presente proceso divisorio.

ANTECEDENTES

1. **Hechos relevantes al recurso.**

1.1. La parte demandante presentó escrito de demanda de división por venta en el cual solicitó, además, como medida cautelar el **embargo** de las "*resultas procesales*" que se den dentro del proceso sucesoral bajo radicado número 2022-00087, adelantado ante el Juzgado Cuarto de Familia de Oralidad de Medellín, en aplicación del numeral 5º del artículo 593 del Código General del Proceso.[3]

1.2. Mediante actuación del 28 de agosto de 2023, se admitió la demanda de división por venta y se omitió pronunciamiento sobre la medida cautelar

[1] Archivo Nro. 11
[2] Archivo Nro. 10
[3] Archivo Nro. 05

solicitada. No obstante, en virtud del recurso de reposición[4] que formula la parte activa del litigio y que sustentó en la omisión del Despacho en pronunciarse frente a la medida cautelar, se resuelve por auto del **28 de agosto de 2023**, y se adicionó el auto admisorio en lo referente a resolver sobre aquella medida.

1.3. Al efecto, en aquel proveído se **resolvió desfavorablemente la cautela**, advirtiendo que el embargo de derechos litigiosos en proceso de sucesión no es una medida proporcional para esta clase de proceso especial, el denominado divisorio, adicional se adujo que, *no se muestra la necesidad* de aquella medida encaminada a garantizar el resultado del mismo, cual es la división. Muy por el contrario, se aduce con ella garantizar los frutos que del 51% del derecho disfruta una persona diferente a la demandante. Asunto que no es propio del proceso divisorio.

La decisión fue impugnada por el demandante.

2-. Del recurso de reposición y en subsidio apelación

2.1. En el término procesal oportuno, la parte actora presentó el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión que niega la cautela.

2.2. Para soportar la inconformidad adujo dos reparos concretos respecto a los argumentos que se expresaron en aquella providencia para denegar la misma:

a) Se cumple la exigencia de la necesidad, proporcionalidad y vocación de buen derecho (buen derecho).

Afirma la censura que, la decisión recurrida se equivoca en su análisis respecto de las exigencias o presupuestos para la procedencia de la cautela solicitada

[4] Archivo Nro. 07

como innominada, toda vez que, considera la **necesidad** de la misma en la formulación de una pretensión en el proceso divisorio de "*reconocimiento de frutos*", lo que es permitido por el legislador, incluso mediante trámite incidental formando conexión con el divisorio, por lo que, el embargo rogado busaca garantizar esos frutos.

En cuanto a la **apariencia de buen derecho**, consideró la recurrente que, queda demostrado en la medida que, en ambos procesos, éste y el tramitado ante el juez de familia, hay *identidad de partes y causa",* además de haberse aportado un dictamen pericial como prueba de "*la cuantificación*" de los frutos y "*estimación bajo juramento*".

Finalmente, en su escrito de inconformidad, indica que la **proporcionalidad** de la cautela está dada "*…porque lleva inmerso una lesión en el patrimonio de la demandante",* por lo que, se requiere "*…para garantizar el pago de los frutos del 51% del derecho que disfruta persona diferente a la demandante. (…)"*

b) Se trata de una cautela innominada

En sentir del recurrente, la cautela de "*embargo*", dentro del proceso declarativo especial de división, por no hallarse regulada para el mismo, resulta ser **innominada** aplicable el art. 590 en relación con el art. 593 nral 5º del C. G. del P. Adicional, por perseguirse dentro de ese proceso, los **frutos** de aquel bien objeto de división que se pretenden garantizar con esa medida.

CONSIDERACIONES

Previo a descender al objeto de este recurso, se hace necesario realizar ciertas consideraciones de naturaleza jurídica.

1. **De las medidas cautelares nominadas e innominadas**

Las medidas cautelares son mecanismos dispuestos por el legislador para proteger los derechos e intereses de los sujetos procesales durante el desarrollo de un proceso judicial. Tienen pues, por objeto, prevenir posibles daños o perjuicios que puedan ocurrir antes de que se emita una sentencia definitiva.

Para lograr ese propósito, el Régimen procesal vigente trajo una clasificación de ellas, las **nominadas** que corresponden a aquellas que se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico, como sucede con el **embargo** y secuestro de bienes.

Las **innominadas** que atañen a las cautelas que no están dispuestas en el ordenamiento jurídico, pero que, pueden ser de cualquier naturaleza acorde con el caso, y para procesos declarativos, cuyo fin es el de prevenir el daño o perjuicio o para garantizar el pago de la condena en el proceso judicial. Medidas que, por no hallarse regladas por la ley, debe el funcionario judicial **realizar un estudio riguroso** para su decreto.

Así se desprende del literal c) de la norma 590 del C.G. del P., cuando dice:

"*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.*

Para decretar la medida cautelar ***el juez apreciará la legitimación o interés*** *para actuar de las partes y la* ***existencia de la amenaza*** *o la vulneración del derecho.*
Así mismo, el juez tendrá en ***cuenta la apariencia de buen derecho****, como también* ***la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida*** *y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la*

modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada. (…)"-Negrilla para destacar-.

Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que:

*"Las medidas **innominadas son aquellas que no están previstas en la ley**, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para 'prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra' (…)"*[5] – Ibidem-

En reiterada posición y más reciente se explicó por dicha corporación que:

*"(…) [E]n el ordenamiento jurídico colombiano hay cabida para una serie de medidas cautelares **atípicas o innominadas**, **novedosas**, que además de no ser viables de oficio, solo pueden imponerse por el juez en ciertos procedimientos para proteger derechos litigiosos, prevenir daños o asegurar la efectividad de las pretensiones, dentro de parámetros que para su imposición, son claramente delineados por el legislador.*

***Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley**, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para 'prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera **fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra**' (…)"*[6] -Negrillas del Despacho que enfatizan- .

Deriva de lo anterior que, en los eventos de medidas cautelares atípicas, es imperioso que el juez realice una valoración previa de esa medida rogada

[5] C. S. de J., Sala de Casación Civil y Agraria, STC 1524 del 08-11 2019 MP Dr. Luis Armando Tolosa Villabona
[6] Corte Suprema de Justicia Sala Civil, STC3917 de 2020, reiterando la sentencia C-835-2013 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

identificando lo primero, la legitimación para pedirse esa cautela, la amenaza del derecho, como la apariencia del buen derecho bajo criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Además, que no se trate de aquellas cautelas reguladas por el legislador.

2. El embargo y secuestro en procesos declarativos y, en el proceso divisorio.

Las medidas cautelares propias o autorizadas por el legislador para los procesos declarativos, son las regladas en el artículo 590 del C. General del Proceso. Medidas cautelares nominadas que dependen de la naturaleza del proceso, la pretensión y el resultado final del litigio. Pero también, permite la cautela **innominada**, que como quedó expuesta en numeral que antecede, es aquella no reglada en el ordenamiento jurídico. Tesis por demás que es la que comparte esta agencia judicial.

En esa dirección, se establece en el art. 593 de la Ley Adjetiva Civil vigente, la cautela nominada para procesos especiales como el divisorio, **la inscripción de la demanda** de forma obligatoria. Y, el art. 411 del C. G. del Proceso, de forma expresa establece para el proceso de división por venta, como es el caso, la oportunidad en la cual se dispone el secuestro del bien. Dice la norma:

"TRÁMITE DE LA VENTA. *En la providencia que decrete la venta de la cosa común se ordenará su secuestro, y (…)".*

La norma general de medidas cautelares a los procesos declarativos, sin distinción alguna, regula la cautela de **embargo y secuestro de los bienes del demandado**. Sin embargo, existe una exigencia para su procedencia y pueda ser ordenada, esto es, que **exista una sentencia en favor del que la pide**. Lo que tiene razón de ser, pues, por la naturaleza del mismo, donde se discute el derecho, **no se tiene certeza** sobre aquel que se reclama en declaración, y ello, hace que sea **más restringida** la posibilidad de esas cautelas en aras de evitar la afectación del patrimonio de la parte demandada, aun cuando exista **la**

necesidad de asegurar la satisfacción del **eventual** derecho que se disputa y pretende sea declarado para garantizar el cumplimiento, de salir avante la pretensión, mediante sentencia que así lo disponga.

3. Finalidad del proceso divisorio

No se debe olvidar que cuando del proceso divisorio se trata, el objetivo del mismo es el de efectuar la separación de la propiedad que dos o más personas tiene en común sobre un bien, esto es, poner fin a la comunidad, la que se puede realizar de forma material, preferiblemente, o en su defecto, en venta pública.

En ambos casos, el demandante debe adjuntar un dictamen pericial sobre el **valor comercial del bien**, dictamen que puede ser refutado por los demandados para lo cual deben aportar otro peritaje o solicitar la comparecencia del perito que realizó aquel que su adversario trajo con la demanda. Experticia que acreditará el valor del bien para efectos de la venta en pública subasta, como para establecer el valor a distribuir y cuando de mejoras se trata, el valor de éstas. O, cuando de división material se trata, determinará la manera de realizarse la distribución en partes.

Como se observa, cualquiera otra circunstancia que se alegue en el trámite, será accesoria como sucede con el reconocimiento de **frutos,** cuando uno o más comuneros han obtenido ingresos o rentas del bien objeto de la división. Últimos que se pidieron con la demanda y se encuentran en discusión, sin probar.

4-. Caso concreto

4.1-. Viene de explicarse que existen dos clases de medidas cautelares, las nominadas, aquellas reguladas por la ley, como el **embargo** de bienes, dentro de los cuales se encuentra el de derechos litigiosos. Las innominadas, que no se hallan previstas por el legislador.

En cuanto a la atípicas, se explicó que no es discrecional ni caprichosamente como se debe disponer una de ellas en el proceso judicial, Por el contrario, deben obedecer a un estudio riguroso, pues el Código General del Proceso exige prueba de: *(i) la existencia de amenaza o vulneración del derecho alegado; (ii) la llamada apariencia de buen derecho, es decir, que se avizoren las razones que permitan hallar al juez que, quien lo reclama, efectivamente le asiste ese derecho y, (iii) la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida que está siendo solicitada*.

Por consiguiente, se debe verificar que exista **realmente un riesgo** que sea **inminente** de perder las garantías y por tanto se haga necesaria la implementación de una medida innominada para que efectivamente proteja ese derecho que se perfila como cierto. Pero, ello no significa que esta regla procesal sea de aplicación general, pues precisamente la ley incorporó las medidas cautelares innominadas como **medidas excepcionales** para los eventos en que aquellas **cautelares tradicionales** se quedan cortas frente al proceso.

Finalmente se expuso en precedencia que, el embargo no es una cautela innominada, pues la ley la contempla para ciertos procesos y en determinados casos, por lo que no es posible predicarse que sea atípica, no reglada. Además, en tratándose de procesos declarativos, el legislador alude a que **solo** es viable **después de que se obtuvo sentencia favorable**, resultando apenas obvio por cuanto el derecho apenas se está discutiendo, no existe certeza sobre el mismo. Como sucede con el derecho a los **frutos** reclamados en este caso que están sometidos a demostración.

4.2. En reminiscencia, la inconformidad de la censura radica en dos argumentos concretos: **a)**-. La necesidad de la cautela y la prueba de ser proporcional en este caso, y la apariencia de buen derecho que le asiste al demandante. **b)-**. El **embargo** en este caso es una cautela innominada por cuanto no está prevista para el proceso divisorio.

4.3. Descendiendo al caso, se lo primero en resolver, la calidad de nominada o no de la cautela rogada para el proceso que nos ocupa, el **embargo** de bienes o derechos en otro proceso.

Como se advirtió en otros apartes de este interlocutorio, la tesis del juzgado respecto a las cautelas innominadas, es la que se expone por la H. Corte Suprema de Justicia y que se trajo en cita en esta providencia y nuevamente se convoca:

"Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley*, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador…"*[7]

Por consiguiente, el **embargo** de bienes y derechos se encuentra reglado especialmente para el proceso ejecutivo, como en los **declarativos,** cuando dice la norma adjetiva civil:

"Artículo 590. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

(…)

b) La 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.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ***ordenará el embargo*** *y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la*

[7] Corte Suprema de Justicia Sala Civil, STC3917 de 2020, reiterando la sentencia C-835-2013 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella. (…)".

Luego, el embargo se encuentra regulado por la ley para procesos de conocimiento, bajo condición, no es para todos los asuntos que en el mismo se ventilen. Con ello, deja de ser innominada la cautela.

Y, es que, como se ha expuesto, las medidas cautelares son innominadas, cuando no están reguladas en el ordenamiento jurídico y su decreto dependerá de una evaluación rigurosa del juez, donde se superen temas como la legitimación de quien la pide, **el riesgo del derecho**, **la apariencia del buen derecho que tiene quien la solicita** y **la necesidad** y proporcionalidad de la medida. Debiendo reunir todas y cada una de esas exigencias para que pueda ser decretada. No basta con que sea simplemente rogada por la parte y afirme tener derecho a la pretendido, como sucede en este caso, a los frutos, es indispensable que exista elementos de convicción sobre cada punto de los requeridos para su procedencia.

En ese orden, tratándose de una cautela regulada por la ley, acorde con la tesis planteada, el referido embargo de derechos litigiosos, no es innominada y sería suficiente para denegarse, como se hizo en la providencia recurrida.

4.4. En cuanto al otro argumento central de inconformidad con el auto recurrido del 28 de agosto de la anualidad pasada, debe insistirse que, **en gracia de discusión,** tomando como innominada la medida para el proceso divisorio por no tráela el legislador para éste, al realizarse la evaluación sobre las razones que permitan establecer que efectivamente asiste el derecho sobre los frutos reclamados en favor de la demandante, los elementos adosados al proceso hasta esta etapa que se ha desarrollado, resultan insuficientes para arrojar

certeza , pues la llamada ***apariencia de buen derecho***[8], conlleva a que, exista una presunción *sobre la procedencia de aquella reclamación*, que como se dijo, en el caso que se ventila es la división por venta de un bien en comunidad, pues en cuanto a los **frutos**, es tema en discusión sobre los cuales, los elementos de prueba traídos no permiten adelantar, con un alto grado de probabilidad y verosimilitud, que en efecto se cuenta con el mismo.

Por consiguiente, centrados en la reclamación de frutos en proceso divisorio, sin que sea tampoco tema para resolver en esta fase del trámite dado su procedencia o no, la medida de secuestro igualmente resulta **innecesaria**, en la medida que no se logra establecer el riesgo que precise de una pronta atención, para la efectividad respecto de los fines que se encuentra previstos en el inciso primero del literal c), es decir, **protección del derecho objeto del litigio**, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, como prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, no se acredita el "…***fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra".***[9] Lo que da lugar a que resulte desproporcional en esta fase del proceso, la referida cautela, no cumpliéndose las exigencias normativas y haciendo que sea denegada como sucedió en la providencia atacada mediante reposición.

4.5. - En ese orden de ideas, considera esta agencia judicial que, la decisión impugnada diada el 28 de agosto del año que avanza, en relación a **denegar la medida cautelar** solicitada de "*embargo de las resultas procesales que se den dentro del proceso sucesoral número 2022-00087*", se soporta en un juicio

[8] Ello implica una valoración de **viabilidad, veracidad o verosimilitud de la pretensión** o de probabilidad del derecho reclamado, que en la práctica exige valoración de las pruebas, adecuación de los hechos y pretensiones, sin que por ello se pueda predicar prejuzgamiento.

[9] Corte Suprema de Justicia Sala Civil, STC3917 de 2020, reiterando la sentencia C-835-2013 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

razonable de su **improcedencia** por no ser una cautela innominada y por no reunir las exigencias de necesidad y apariencia de buen derecho. Explicación suficiente para no reponer aquella providencia.

4.6. Recurso de apelación. Como quiera que el auto que resuelve sobre una medida cautelar es **susceptible de apelación** en voces del art. 321 nral 8º del C. general del Proceso, se concede el recurso interpuesto de manera subsidiaria, en el efecto **devolutivo**, el cual se surtirá ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 y 324 del C.G.P.

Por lo expuesto, el **Juzgado Noveno Civil del Circuito de Oralidad de Medellín**,

RESUELVE:

PRIMERO: No reponer el auto diado el 28 de agosto de 2023, por medio del cual se negó la procedencia de la medida cautelar de embargo al interior del proceso declarativo de división por venta, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: Se concede el recurso de apelación contra dicha providencia de conformidad con el artículo 321 numeral 8º del Código General del Proceso; el cual se surtirá en el efecto **devolutivo**. Remítase el expediente al H. Tribunal Superior del Distrito de Medellín para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE

YOLANDA ECHEVERRI BOHÓRQUEZ

JUEZ

LZ

Firmado Por:

Yolanda Echeverri Bohorquez

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 009

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: **85936053d647615be5d55b05f2cfcd523ec1f754ac16ad6d0759a887bae632f7**

Documento generado en 29/01/2024 12:16:07 PM

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