



Proceso	Divisorio
Demandante	Paula Cárdenas Ramírez
Demandado	Jonny Alberto Montoya Hincapié
Radicado	05001-31-03-013-2023-00212-01
Instancia	Segunda
Origen	Juzgado Trece Civil del Circuito de Oralidad de Medellín
Ponente	Luis Enrique Gil Marín
Asunto	Interlocutorio No. 161
Decisión	Confirma
Tema	Medidas Cautelares
Subtemas	Medidas cautelares innominadas en procesos declarativos. art. 590 del C.G.P.

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA SEGUNDA DE DECISION CIVIL

Medellín, veintiuno de noviembre de dos mil veintitrés

I. OBJETO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo en contra del auto proferido el trece (13) de julio de la presente anualidad por el **JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN**, por el cual negó el decreto de las medidas cautelares innominadas solicitadas en este proceso **DIVISORIO POR VENTA**, instaurado por **PAULA CÁRDENAS RAMÍREZ**, en contra de **JONNY ALBERTO MONTOYA HINCAPIÉ**.

II. ANTECEDENTES

El trámite: Por auto proferido el 13 de julio de este año, se admitió la demanda y negó el decreto de las medidas cautelares innominadas solicitadas por el demandante, consistentes en: *"i) El pago de canon de arrendamiento desde el 17 de abril de 2023 hasta la fecha en que efectivamente deje de ocuparlo, para la fijación del canon, aporte dictamen pericial, ii) Se ordene al demandado el desalojo del inmueble y iii) Se conceda la administración del inmueble a mi mandante, permitiéndole recuperar el equilibrio de sus finanzas personales mediante los frutos de dicho bien."*; precisa que en los términos del art. 409 del C.G.P., en estos asuntos, procede en forma oficiosa la inscripción de la demanda como medida cautelar nominada; mientras que el literal C) del art. 590 Ib., consagra la procedencia en los procesos declarativos de las medidas innominadas, las cuales deben ser razonables para la protección del derecho objeto del litigio. Advierte que la primera de las medidas, no tiene relación con el objeto litigioso, como es la división por venta de los bienes de la comunidad y, en ningún caso corresponde al pago de los cánones de arrendamiento; la considera improcedente porque no propende por la protección del objeto del litigio; frente a la solicitud de desalojo del demandado y entrega de la administración a la demandante, indica que son improcedentes porque no es la etapa pertinente para disponer la entrega del bien y, la designación de administrador solo procede tratándose de división material.

La parte demandante interpuso recurso de reposición y, en subsidio de apelación contra esta decisión, aduciendo que, el literal C) del artículo 590 del C.G.P., establece que las medidas cautelares innominadas son procedentes cuando:

"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."; de donde considera, que la norma no se limita a proteger el derecho en litigio, sino que busca prevenir posibles daños y perjuicios derivados del conflicto existente entre las partes; los comuneros son cónyuges y están en proceso de divorcio, donde la parte actora ha sufrido violencia económica y psicológica; amén que es la titular del crédito hipotecario del bien objeto del proceso y el demandado es quien lo habita; además, se debe tener en cuenta el enfoque de género; de donde colige que, sin lugar a dudas la medida cautelar es necesaria para prevenir un mayor perjuicio a la actora; es efectiva porque elimina el perjuicio actual y, proporcional porque la administración del inmueble se realizará en forma pública en el proceso, beneficiando a ambos comuneros; se cumple con todos los requisitos establecidos para su otorgamiento.

El 15 de agosto último, se decidió desfavorablemente el recurso de reposición y, en subsidio se concedió el de apelación, Se trajo a colación la sentencia STC3917-2020, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona, esto es: *"Dichas medidas, llamadas innominadas, han sido apreciadas por esta Sala en otras ocasiones, resaltándose su carácter novedoso e indeterminado, proveniente de las solicitudes de los interesados; asimismo, se ha relevado que su decreto le impone al juez del asunto un estudio riguroso sobre la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la cautela deprecada, analizándose, por supuesto, su alcance en torno al derecho objeto del litigio"*.

Considera que las medidas solicitadas no cumplen con los presupuestos de necesidad, efectividad y proporcionalidad, como requisitos *sine qua non* para su decreto, ya que no propenden por asegurar el objeto litigioso, que es obtener la terminación de la indivisión existente entre demandante y demandado y no tienden a asegurar la efectividad de lo pretendido; no es ajeno a la relevancia y procedencia de la aplicación de perspectiva de género en los procesos judiciales; sin embargo, en este caso, es improcedente traer como sustento dicho postulado, para propender el decreto de las cautelas, conforme con los argumentos que vienen de reseñarse; además, se pretende la división por venta y, por lo tanto, nada tiene que ver el que se ordene el pago de los cánones de arrendamiento que se solicita y, en cuanto al desalojo anticipado del demandado; éste como copropietario es titular de los derechos de uso y goce del inmueble y, en cuanto a la administración provisional del bien en cabeza de la parte actora, señala que, no se le puede dar el alcance de medida innominada porque está prevista en el artículo 415 del C.G.P., donde se encuentra instituida para juicios de división material y procede solo cuando se decreta la división, previo traslado a las partes; es decir, solo de esta manera y en esta oportunidad se podrá designar administrador para el inmueble.

III. CONSIDERACIONES

Medidas cautelares en procesos declarativos: Para la Corte Constitucional "*las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales*

a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”¹.

Igualmente, el Tribunal de casación ha precisado: “*Las medidas cautelares están concebidas como la herramienta procesal a través de la cual se pretende asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales, sean personales o patrimoniales, en este último evento propenden por la conservación del patrimonio del obligado de llegar a salir avante las pretensiones, conjurando así los eventuales efectos nocivos que pueden acaecer ante la demora de los juicios.*

“Sin embargo, el decreto de cautelas, desde antaño, ha tenido un manejo muy restringido, pues sólo podrán ordenarse las que expresamente autorice el legislador, y en las oportunidades que el mismo ordenamiento dispone, sin menoscabo de las que procedan de oficio, o las llamadas medidas cautelares innominadas, que están sujetas a la discrecionalidad del juzgador, atendiendo las condiciones del caso concreto y, particularmente la apariencia del buen derecho”².

Las medidas cautelares proceden en los procesos ejecutivos, que tienen como soporte un derecho cierto e

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 379/2004. M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Auto AC1813-2018 del 08 de mayo de 2018, radicado No. 11001-02-03-000-2016-02466-00, M.P. Dra. Margarita Cabello Blanco.

indiscutible que no ha sido satisfecho; en los procesos declarativos tienen como finalidad asegurar el objeto de la pretensión; como punto de partida requiere la apariencia de un buen derecho y, se tienen que sujetar a las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico.

Al efecto, el art. 590 del C. General del Proceso establece que: *"En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:*

"1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

"a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda 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.

"Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

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

"El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

"c) 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".

Caso concreto: La parte demandante con apoyo en el art. 590 del C. General del Proceso, solicita como medida

cautelar innominada: *"i) El pago de canon de arrendamiento desde el 17 de abril de 2023, ii) El desalojo del inmueble y iii) La administración provisional de los inmuebles."*

Al efecto tenemos, que el literal C, de la norma citada líneas atrás, al regular las medidas cautelares innominadas, establece: *"Cualquier 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"*.

Ahora, para resolver sobre el decreto de las cautelas solicitadas, se debe analizar la necesidad, efectividad y su proporcionalidad, así como la certeza sobre el derecho debatido; se reitera, que la norma citada, disponer que: *"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"

Sobre el particular, la Sala advierte que las cautelas solicitadas no están encaminadas a la protección del objeto de litigio o para cesación de los daños que se estén causado o para prevenir los en un futuro se puedan llegar a causar y

bajo esta óptica, no cumplen con los presupuestos de proporcionalidad, efectividad y necesidad, indispensables para su viabilidad conforme con el art. 590 del C.G.P.

Es así como estamos en presencia de un proceso divisorio, donde se pretende la venta de los bienes que en común tienen las partes; para asegurar esta pretensión como medida cautelar el art. 409, prevé que en tratándose de bienes sujetos a registro, como ocurre en este caso, desde el

auto admisorio se ordena la inscripción de la demanda y en la providencia que decreta la venta de la cosa común, se ordena el secuestro para proceder al remate como lo manda el art. art. 411 ibidem y, como estas cautelas son suficientes para asegurar el objeto del litigio, a todas luces resultan improcedentes las solicitadas por la parte demandante, para que se ordene al demandado el pago de cánones de arrendamiento desde el 17 de abril del presente año; amén, que el demandado está ejerciendo los derechos de uso y goce del bien como cotitular del derecho real de dominio; a lo que se agrega, que la jurisdicción no puede imponer e invadir la libertad o autonomía que tienen las partes para celebrar contratos; pues estos solo puede surgir por un acuerdo voluntario de los contratantes.

En relación a la solicitud para desalojar anticipadamente al demandado del bien objeto de división, se advierte que éste como titular en común y proindiviso del derecho real de dominio, puede usar y gozar del mismo; como lo advirtió la señora Juez de primer grado; sin que se requiera del consentimiento del otro comunero para hacer uso de los derechos de uso y goce de los derechos que como copropietario le corresponden. Al efecto, la Sala de Casación

Civil, en sentencia SC3957-2002, del 13 de diciembre de 2022, M.P. Dr. Luis Alonso Rico Puerta, expresó:

*“Es evidente que, para arribar a esas conclusiones, el tribunal dio preponderancia al régimen de la comunidad, y especialmente a las respuestas que ofrece el ordenamiento jurídico de cara al problema del **uso no compartido de la copropiedad** (sobre el que profundizará la Corte más adelante); pero tal sistemática no pretendía eludir los alegatos de la demanda, sino resaltar la improcedencia de imponer al condueño que se sirve en exclusiva de una copropiedad, la carga mecánica de compensar o reparar por ese hecho a los demás titulares de cuotas de dominio.*

“Expresado de otro modo, el protagonismo de las reglas de la comunidad de bienes no puede considerarse gratuito, menos aun inconsonante, porque el litigio versa sobre inmuebles con pluralidad de dueños (...)”

“ 1.2. Distribución consensuada del atributo de uso de la copropiedad.

“Es innegable que compartir integralmente el uso de un bien común puede parecer –y de hecho suele ser– indeseable para los copropietarios, especialmente cuando hay un número elevado de ellos; carecen de vínculos personales recíprocos, o se encuentren inmersos en situación de permanente conflicto, entre otras vicisitudes que entorpecen la distribución del poder de servirse de las cosas comunes.

“Con todo, esas problemáticas pueden ser superadas fácilmente a través de acuerdos, puesto que los condueños están revestidos de amplias libertades para reconfigurar su

propio poder de servirse de su copropiedad, tal como ocurre con las demás prerrogativas que les confiere el dominio –la disposición y la explotación–.

“En ese sentido, es posible que se convengan múltiples formas de usar de la cosa común, tales como repartirla por espacios físicos, o por intervalos temporales determinados, o renunciar a esa ventaja, para que radique temporalmente en un solo condómino, o en un tercero, entre otras hipótesis. Además, nada se opone a que se fije cualquier tipo de remuneración, a fin de compensar las asimetrías generadas al redistribuir el referido privilegio de uso.

*“Consecuentemente, resulta lícito convenir que el uso de la cosa sea ejercido en exclusiva por un condómino, y lo sería también acordar un pago a cambio; pero si esto último no se pacta en forma expresa, deberá entenderse que el negocio entre copropietarios fue gratuito, no solo porque encuadraría en la definición del artículo 1497 del Código Civil (en tanto el acto jurídico **«tiene por objeto la utilidad de una de las partes»**), sino también porque el ordenamiento no consagró reglas supletivas que permitan asignarle naturaleza onerosa.*

*“Por esa vía, si el **uso no compartido de la copropiedad** deriva de un contrato, a sus términos deberán estarse los condueños, especialmente en punto a la posibilidad de obtener alguna retribución por el hecho de permitir que otro de ellos sea quien se sirva de la cosa común. Pero si guardan silencio frente al particular, no surgirá para el condueño que se sirve de la cosa ninguna obligación –adicional a las que son inherentes a su condición–.”*

Frente a la solicitud para la administración provisional del bien objeto del proceso; se advierte que dicha cautela no se puede considerar “*innominada*”, porque está contenida en el art. 415 del C.G.P., y solo procede de manera especial cuando en el proceso se pretende la división material y cuando algunos de los codueños exploten el inmueble común en virtud de contratos de tenencia; solicitud que solo es viable una vez se haya decretado la división material, para lo cual se debe allegar prueba siquiera sumaria de los contratos de tenencia; lo que descarta la posibilidad de que pueda ser decretada en este caso, toda vez, que lo que se pretende es la división por venta. Al efecto, la norma citada establece:

“Designación de administrador en el proceso divisorio. *Cuando no haya administrador de la comunidad y solo algunos de los comuneros exploten el inmueble común en virtud de contratos de tenencia, cualquiera de los comuneros podrá pedir en el proceso divisorio que se haga nombramiento respectivo, siempre que en la demanda se haya pedido la división material.*

“La petición podrá formularse en cualquier estado del proceso, después de que se haya decretado la división, y a ella deberá acompañarse prueba siquiera sumaria de la existencia de dichos contratos.

“El juez resolverá lo conducente, previo traslado por tres (3) días a las partes, y si encuentra procedente la solicitud prevendrá a aquellas para que nombren el administrador, dentro de los cinco (5) días siguientes; en caso de que no lo hicieren procederá a designarlo.

“El juez hará saber a los tenedores de la designación del administrador una vez posesionado éste”.

Finalmente se pone de presente, que dada la naturaleza de este proceso, no se advierte que incidencia pueda tener en la decisión sobre las medidas cautelares, la aplicación del enfoque o perspectiva de género, que se invoca por el recurrente.

Conclusión: Consecuente con lo anterior, se CONFIRMARÁ la decisión recurrida; sin que haya lugar a condenas en costas, porque no se causaron.


IV. RESOLUCIÓN

A mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Civil,**

R E S U E L V E

- 1.** Por lo dicho en la parte considerativa, **CONFIRMAR** el auto proferido el 13 de julio de la presente anualidad.
- 2.** No hay lugar a condena en costas porque no se causaron.
- 3.** Devuélvase el expediente a su lugar de origen, para que se continúe con el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN
Magistrado