



Al servicio de la paz y la justicia

SALA CIVIL

Medellín, veintitrés (23) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Proceso: Declarativo (divisorio)

Radicado: 05001 31 03 009 2023 00091 01

Demandantes: María Mónica Moreno Tobón

Demandados: Herederos determinados e indeterminados de Nelly de las Mercedes Tobón Gómez

Asunto: La medida cautelar "innominada", se puede entender como toda aquella que no esté prevista positivamente para el asunto que es objeto de resolución, no simplemente que no esté regulada así sea para otros eventos.

Instancia: Segunda

Decisión: Confirma

Providencia Nro. Interlocutorio No. 029 de 2024

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la demandante, en contra del auto proferido el 28 de agosto de 2023 por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín, mediante el cual se niega la medida cautelar de embargo de las resultas procesales que se den dentro del juicio sucesorio número 2022-0087, tramitado ante el Juzgado Cuarto de Familia de Oralidad de Medellín.

I. ACTUACIÓN PROCESAL.

1.1. Auto impugnado.¹

La demandante peticiónó “En razón a la solicitud de la condena en contra de la señora LUZ ANGELA TOBON GONZALEZ, se solicita el embargo de las resultas procesales que se den dentro del proceso de sucesión número 2022-00087, del Juzgado CUARTO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE MEDELLIN,...” lo cual fue negado por cuanto tal medida no es no es proporcional para el proceso divisorio y porque, en todo caso, no se muestra la necesidad de aquella medida encaminada a garantizar el resultado del mismo, cual es la división por venta del bien, y no asegurar los frutos que del otro 51% disfruta la persona que actualmente ocupa el bien, lo cual, se dijo, no es propio de este proceso especial.

1.2. El recurso².

Solicitó el apoderado judicial de la demandante la reposición de dicha decisión y, en subsidio, que se concediera la apelación, argumentando que se cumplía la exigencia de necesidad, proporcionalidad y vocación de buen derecho si se tenía en cuenta que en este proceso no solo se buscaba la división del bien común, sino también el pago de los frutos civiles en la proporción del derecho que a ella le corresponde, para lo cual se formuló la pretensión respectiva, precisando que para demostrar el derecho reclamado aportó un dictamen pericial sobre lo que ese bien generaría en caso de ser arrendado, además de la “estimación bajo juramento” del monto de esos dividendos reclamados.

Resuelto desfavorablemente el primero de los recursos, donde la señora Juez amplió sus argumentos para precisar que en verdad no se trataría de una cautela “innominada”, dado que el embargo y secuestro sí se encuentra regulado en la legislación patria tanto en los procesos ejecutivos, como en los declarativos, pero que en este último caso procede solo cuando se haya obtenido sentencia favorable de primera instancia

1	Cuaderno	01	Primera	Instancia,	actuación	Nº
	"10.AutoResuelveRecursoDesignaCurador.pdf"					
2	Cuaderno	01	Primera	Instancia,	actuación	Nº
	"11.MemorialRecursosReposiciónApelación.pdf"					

conforme al artículo 590-1-b, del CGP, es decir que estaría condicionada a ese evento, siendo evidente que está perfectamente prevista y regulada en estos casos, pues el proceso divisorio es un verbal especial que además tiene señalada expresamente la inscripción de la demanda como cautela propia. En todo caso, reiteró que no se cumplían los demás elementos de juicio para su procedencia, tras lo cual concedió la apelación subsidiariamente interpuesta, la que ahora se pasa a desatar.

II. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde determinar en el *sub judice*, si en efecto, es viable la revocación del auto que negó la procedencia de la medida cautelar de embargo al interior de un proceso declarativo de división por venta, en consideración de los argumentos del impugnante.

Para resolver lo propio, habrán de tenerse en cuenta las siguientes:

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia. Es competente el Tribunal, dado que conforme el numeral 8° del artículo 321 del Código General del Proceso, la decisión reprochada es apelable, y la sala funge como superior funcional del Juez que la profirió.

3.2. De las cautelas en general. Las medidas cautelares son providencias adoptadas al inicio o transcurso de un proceso, para precaver y prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas, los bienes o los medios de prueba.

La Corte Constitucional por su parte ha sostenido que “*las medidas cautelares se caracterizan porque a través de ellas el ordenamiento jurídico protege provisionalmente, mientras dura el proceso, la integridad de un*

derecho discutido dentro del mismo. Además de garantizar que la decisión adoptada logre ser materialmente ejecutada”³.

Tienen como finalidad contribuir a la materialización del derecho fundamental a obtener una tutela jurisdiccional efectiva, sin embargo cada cautela está compuesta por uno o varios propósitos que indispensablemente están ligados a las pretensiones, por consiguiente la mayoría responden a varios objetivos y no a uno solo, entre estos está el preparar la ejecución de la sentencia para el caso que sea favorable al demandante, asegurar el cumplimiento del fallo, así como también reparar el daño causado o en curso, entre otras más⁴.

En el derogado Código de Procedimiento Civil en el libro cuarto se contemplaban las medidas cautelares de embargo y secuestro, configurándose como los principales mecanismos que aseguraban la pretensión, el decreto y la práctica de las medidas, las cuales estaban condicionadas al principio de taxatividad, ya que el juez no podía decretar otras diferentes a las expresamente autorizadas por esta normativa, pero que en esencia solo regían para los procesos ejecutivos.

Precisamente, por tal restricción, que se justificaba básicamente en la verosimilitud de la pretensión, pues para nadie es un secreto que en la acción ejecutiva lo que se pretende es la realización de un derecho, no su declaración; como su palabra lo dice, ejecutarlo, y pues, en la práctica, ello no se logra, no se hace realidad, sino es aprehendiendo el patrimonio del deudor a través de estas figuras, pero cuando se trata de asuntos declarativos donde precisamente la finalidad de los mismos es decir el derecho, se establece a partir de la sentencia, se mostraba desproporcionado, en semejante escenario de ambigüedad, poder limitar el dominio del deudor sobre su patrimonio.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 25 de febrero de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴ Álvarez Gómez Marco Antonio, (2014) *“Las medidas cautelares en el Código General del Proceso”*. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Más, con el paso del tiempo, el incremento desmesurado de los términos que demoran los juicios, y la posibilidad cierta del perjuicio para los demandantes, en tanto en ese lapso se rompía el equilibrio existente al comienzo por la eventual insolvencia en que podía incurrir el demandado, y que cada vez era menos posible ejecutar las sentencias así obtenidas, es que la doctrina y estudiosos del derecho, en especial los litigantes, empezaron a clamar por un régimen de cautelas más eficaz, pues que a la postre se estaba vulnerando el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, y desconociendo uno de los fines del estado cual es asegurar la efectividad de los derechos de sus asociados, simplemente previendo un proponiéndose por ejemplo un sistema de contracautela que pudiera también ofrecer seguridad y respaldo a los demandados, en el sentido de que si algún perjuicio se les causaba con la práctica de esas medidas a pesar de haber tenido una sentencia favorable, se les pudiera reparar.

En fin, por todo ello y más, el Código General del Proceso estableció en el literal c) del numeral 1 del artículo 590 que desde la presentación de la demanda declarativa, y a petición del demandante, el juez podía decretar “**cualquier medida**” que *“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.”*

Fluye evidente la gran apertura que en el tema estableció el nuevo legislador, pues que en verdad no se refirió solo a las llamadas por la doctrina como innominadas, como aquellas “...de diseño judicial o ideadas por el propio juzgador, sino que permitió, de manera general, el decreto de **cualquier medida** que el juez encuentre razonable, por lo que no solo tienen cabida las cautelas de invención judicial sino también las que la propia ley ha previsto y regulado⁵(Destacado intencional).

Así entonces, la apresurada calificación de “innominadas” que pronto se le atribuyó a esta clase de medidas, para indicar que se refería solo a las

⁵ Modulo sobre el Régimen de Medids Cautelares en el Código General del Proceso. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2015. Marco Antonio Alvarez

que hasta entonces no había regulado el legislador, termina siendo limitativa o restrictiva, lejos de los propósitos o fines que ontológicamente definió el legislador, cual es poder lograr que a través de ellas se hagan realidad, se materialicen los derechos que luego se reconozcan en las sentencias, en otras palabras, la obtención de una *tutela judicial efectiva*.

La Corte Constitucional, al declarar inexecutable el literal d) del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011, en la sentencia sobre las mismas advirtió:

“(...) En el ordenamiento jurídico colombiano hay cabida para una serie de medidas cautelares atípicas o innominadas, novedosas, que además de no ser viables de oficio, sólo 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

Si entonces ese es el norte, el faro orientador de estas cautelas, los jueces debemos hacer los juicios respectivos siempre orientados en esa perspectiva, es decir, si de esa manera que se invoca la medida cautelar por la parte, se estaría logrando los fines queridos por el legislador.

Y claro, superado el anterior análisis, entonces asumir el no sencillo papel de raciocinio y ponderación para determinar si en ese caso particular se satisfacen los requisitos fijados para el efecto en el literal c del artículo 590 del Estatuto Procesal, como son “...apreciar[á] la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 835 de 20 de noviembre de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

derecho,... la apariencia de buen derecho,... la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida...".

Partiendo de lo dilucidado anteriormente y analizando el caso en concreto, la primera razón por la cual la señora Juez negó la cautela solicitada, no resultaría consecuente, pues señalar que el embargo y secuestro como el que solicita la demandante no es propiamente *innominada* por cuanto la misma se encuentra reglada en el Código General del Proceso, incluso para los procesos declarativos, pero condicionada a que se cuente con una sentencia favorable en primera instancia, lo que en este caso no ha sucedido, desconoce que se trata es de *cualquiera otra*, que pueda asegurar la realización de la pretensión. Y precisamente, como ella misma lo reconoce, la forma en como están previstos el embargo y secuestro para estos procesos, sería solo a partir de la sentencia favorable, es decir que para antes de ese momento procesal NO está regulada la misma, eso solo determinaría su viabilidad.

Cuanto más, si seguidamente señaló, que para el proceso divisorio están previstas unas medidas específicas como son la inscripción de la demanda a que refiere el artículo 593 del C.G.P. y, cuando de división por venta se trate, como en este caso, está regulado el secuestro del bien objeto del litigio en el artículo 411 *Ibídem*, decantando una vez más que esa que se solicita, *embargo de las resultas procesales* no está regulada, positivizada, para esta clase de asuntos. Ergo, en principio resultaría procedente.

Es que, sí la única pretensión fuere la división por venta de la cosa común, no existiría duda que es como se afirma por la señora Juez, con la única precisión que, si fuere necesario el secuestro, al mismo debe precederle el embargo, con todo que expresa y puntualmente no lo señale la norma por ella aludida, pero que es condición necesaria para su almoneda, pero ese no es asunto que ahora interese, pues resulta que además de la pretensión para terminar la comunidad, **la actora también solicitó expresamente que se condenara a Luz Ángela Tobón González al pago de los frutos que le correspondieran y, es precisamente, respecto del**

eventual derecho que a ella pudiera corresponder en la sucesión allí referida.

Pretensión así escuetamente formulada y acumulada que no mereció reparo alguno en el control de admisibilidad, lo que en principio traduciría en su aceptación, siendo entonces que respecto de esa aspiración, que consiste básicamente en una prestación de dar, pagar una suma de dinero, resultaría procedente esa medida cautelar dado que no está prevista positivamente *ex ante* por el legislador, y claro, con ella se lograría, de resultar exitoso su resultado, la materialización de ese pago en todo o en parte, no se sabe.

Más, en lo que tiene que ver con la satisfacción de las otras exigencias, que en todo caso tuvo a bien analizar la señora juez, como en efecto debía ser, el tribunal comparte sus raciocinios, pero en cuanto a lo que tiene que ver con la *verosimilitud* o *probabilidad* de tal pretensión, se tiene que, a pesar de que sustancialmente al comunero se le reconoce el derecho a percibir los frutos como claramente se desprende de los artículos 2323 del C. Civil, según el cual *"El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social"* y, del 2328 Ib., que expresa y puntualmente señala que: **"Los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas"** y, si bien, la norma procesal solo regula en el artículo 412 la posibilidad de que en el mismo proceso se reclamen las mejoras que hubiere implementado cualquiera de los comuneros, por el principio de *igualdad y reciprocidad* es apenas natural que tal pretensión pueda ser planteada y definida en la misma litis, como en efecto lo dejan entrever los artículos 415 y 416 de esa codificación al referirse a la designación de administrador precisamente para el tema de los frutos y su distribución, en este caso se tiene lo siguiente:

La comunera demandante recibe el derecho de dominio de su cuota parte del 51%, en virtud del fallecimiento de la causante NELLY DE LAS MERCEDES TOBÓN GÓMEZ, que era titular del 100%, pues a esa "condición", la de su existencia como fideicomisaria para ese momento, estaba sometido el fideicomiso que luego derivó en tal cosa, en la misma fecha, en ella y en

el resto de los herederos, o quienes ostentan vocación hereditaria, por ministerio de la ley (Arts. 1008, 1013 y 1014 del C. Civil), se radicó el 49% del derecho restante. Es decir, que mientras no se termine el juicio de sucesión iniciado para el efecto, aún no se sabe a ciencia cierta en cabeza de quienes y en qué proporción será adjudicado, pero en la demanda (hecho 5º), se afirma que la también heredera LUZ ÁNGELA TOBÓN viene ocupando desde la misma data, el aludido bien, y que, por ello entonces, debe pagar por el aprovechamiento y explotación del bien en la proporción que corresponda a los otros herederos en sus cuotas partes.

Es decir, que de su misma confesión queda en evidencia que dicho inmueble en realidad no se está *explotando* o sacando provecho económico, por lo menos no se afirma y no hay evidencia, en esta etapa liminar, de lo contrario, simplemente se está utilizando como vivienda. Esto es, se trata de la morada de una familiar que igual ostenta algún derecho sobre el mismo, por lo que, en principio, no parece claro que tan exitosa pueda ser su pretensión respecto de los frutos que reclama y, eso solo, hace decaer la procedencia de la medida reclamada, pues la satisfacción de cada uno de los requisitos es concurrente, por manera que ausente uno, se torna innecesario el análisis de los demás, sin perjuicio de lo que ya al respecto se razonó en la primera instancia.

Consecuentemente, por las razones antes expuestas, se confirmará la decisión impugnada.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Medellín, en Sala Unitaria Civil,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de impugnación, de fecha y naturaleza ya indicados, pero por las razones acá expuestas.

SEGUNDO: En firme lo aquí resuelto, devuélvase el expediente digital al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BENJAMÍN DE J. YEPES PUERTA
Magistrado

Firmado Por:
Benjamin De Jesus Yepes Puerta
Magistrado
Sala 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: **a057997ea19a195bc69c5b3a3832549ffe4c6151403e469b309236d24b9b97a7**

Documento generado en 23/04/2024 03:57:39 PM

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