

PROCESO DECLARATIVO DE EXISTENCIA DE UNION MARITAL DE HECHO Y SOCIEDAD PATRIMONIAL

RADICACIÓN: 19001-31-10-001-2020-00029-01

DEMANDANTE: TATIANA MARCELA TOSCANO CASTRO

DEMANDADO: RODRIGO HERRAN BARON

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL POPAYÁN
SALA CIVIL – FAMILIA**

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. MANUEL ANTONIO BURBANO
GOYES**

Popayán, diecisiete (17) de julio del año dos mil veinte (2020) .

ASUNTO A RESOLVER

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, en contra de la providencia proferida el 5 de marzo de 2020, por el JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE POPAYAN-CAUCA, dentro del proceso DECLARATIVO DE EXISTENCIA DE UNION MARITAL DE HECHO y SOCIEDAD PATRIMONIAL adelantado entre TATIANA MARCELA TOSCANO CASTRO y RODRIGO HERRAN BARON.

EL AUTO APELADO

En el mencionado proceso, la Juez de primera instancia, resolvió, por auto del 05 de marzo de 2020, negar la medida cautelar elevada por la parte demandante, consistente en el embargo, secuestro y retención de una motocicleta identificada con placa ODD-12.

En dicha providencia la juez advirtió que es la demandante *"quien ostenta la titularidad"* sobre el bien objeto de cautela, agregando que la misma *"no es imperativa para efectos de la protección del derecho en litigio"* y de todas maneras, *"tiene otras acciones para reclamar sus derechos"*, en caso que el demandado pretenda *"disponer, disipar o distraerlo"*.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

En contra de la mencionada providencia, la parte demandante interpuso recurso apelación solicitando su revocatoria.

En sustento del recurso señala que la cautela pretende evitar que el demandado en manos de quien se encuentra el bien, lo *"distraiga"*, siendo falso que existan *"otras opciones para reclamar los derechos que la demandante tiene sobre el mismo"* pues las *"acciones posesorias de que tratan los artículos 972 y siguientes del Código Civil solo aplican para bienes inmuebles"* y tampoco procedería una *"acción penal"*.

Agrega que a voces de lo consagrado en el C.G.P. la solicitada es una medida cautelar innominada y su ruego es *"totalmente acertado"* si se tiene en cuenta que con ella se evitaría proferir una Sentencia *"sin ningún efecto práctico"*, resaltando que el Juez no tiene un poder ilimitado o discrecional al decidir sobre su práctica ya que la normatividad exige para su decreto la existencia de amenaza o vulneración del derecho, la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la misma.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Conforme lo dispuesto en el numeral 8°, del artículo 321 del C.G.P., somos competentes para resolver el recurso de apelación formulado; se precisa además que, acorde con lo señalado por el artículo 35 *ibidem*, la Sala de Decisión debe resolver la apelación de las sentencias y la formulada contra autos que rechacen o resuelvan el incidente de liquidación de perjuicios de condena impuesta en abstracto o el que rechace la oposición a la diligencia de entrega o resuelva sobre ella y *"el Magistrado sustanciador dictará los demás autos que no correspondan a la Sala de Decisión"*; en razón de lo anterior, la que aquí se adopte le corresponde tomarla sólo al magistrado sustanciador.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Según lo reseñado en precedencia y teniendo como límite lo indicado en el auto apelado y los motivos expuestos

para impugnarlo, se revisará el asunto para efectos de establecer:

¿Debe revocarse el auto por medio del cual la A Quo negó la medida cautelar innominada de "embargo, secuestro y retención de la motocicleta identificada con placa ODD-12", al interior del proceso declarativo de existencia de unión marital de hecho y sociedad patrimonial?

TESIS DEL DESPACHO:

El auto no debe ser revocado razón por la cual la providencia apelada será confirmada. Lo anterior conforme a las diferentes consideraciones que se harán frente a las medidas cautelares innominadas y las razones por las que se considera, en el caso concreto no se cumplen los requisitos para su procedencia.

CASO CONCRETO:

Por efectos metodológicos se dividen los argumentos que sustentan la decisión a adoptar, de la siguiente manera:

- **LA DEMANDA DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE UNIÓN MARITAL DE HECHO Y SOCIEDAD PATRIMONIAL Y LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR.**

-La señora TATIANA MARCELA TOSCANO CASTRO, presentó demanda en la que pretende se declare la existencia de la unión marital de hecho y sociedad patrimonial conformada entre ella y el señor RODRIGO HERRÁN BARÓN. En el escrito inicial dijo que el lapso de la misma estaba comprendido entre el 20 de diciembre de 2.010 al 15 de julio de 2.019 y que fruto del "*trabajo, socorro y ayuda mutua*" se adquirió una motocicleta identificada con placa ODD -12E la cual se encuentra en poder del demandado.

-Mediante auto del 21 de enero de esta anualidad la A Quo inadmitió la demanda, expresando que: "*El hecho tercero del libelo ... no es concordante con los documentos aportados en la demanda, toda vez que en el registro civil de nacimiento de la parte actora, se*

vislumbra como anotación marginal que el 14 de noviembre de 2018, se decretó el divorcio de matrimonio civil y la liquidación de la sociedad conyugal por ella contraído con el señor JORGE ELIÉCER BECERRA TOTRES, lo que debe aclararse".

-Con el objeto de subsanar la demanda el apoderado de la señora Toscano Castro modificó los extremos temporales de la deprecada unión y sociedad, afirmando que estos estaban comprendidos entre el 20 de diciembre de 2010 al 15 de noviembre (no julio como había dicho al principio) de 2019. Añadió: "Cuenta mi representada que los conformantes de esta unión marital ... eran ambos solteros desde el inicio de la convivencia y hasta el 23/09/2017, fecha en la cual la demandante contrajo matrimonio con JORGE ELIECER BECERRA TORRES, matrimonio que se disolvió por divorcio el día 14/11/2018, divorcio que se dio porque dicho matrimonio no cumplió sus fines ... lo anterior, dio pie para que la demandante continuara aún en vigencia de ese matrimonio, en unión libre con el hoy demandado, de modo que convivieron de forma permanente, singular e ininterrumpida".

-La A quo entendió subsanada la demanda y procedió a su admisión por auto 159 del 14 de febrero de 2020 en el que además concedió el beneficio de amparo de pobreza y destacó: "Si bien es cierto, en esta clase de asuntos es requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial al tenor de lo dispuesto en el numeral 7° del artículo 40 de la Ley 640 de 2001, se dará aplicación al parágrafo 1° del artículo 590 del C.G.P. toda vez que existe solicitud expresa de medidas cautelares".

-En auto posterior y adiado el 05 de marzo, negó la medida que generó la apelación ahora estudiada.

- **MEDIDAS CAUTELARES - NATURALEZA - CONSAGRACIÓN LEGAL - INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA COMO MEDIDA TÍPICA Y NOMINADA AL INTERIOR DE PROCESOS DECLARATIVOS.**

Como en esencia, lo aquí discutido es la procedencia de una medida cautelar innominada al interior de un proceso declarativo, el despacho de forma primigenia refiere que las medidas cautelares en general, como acto

procesal, se encuentran codificadas - en aplicación al principio de legalidad que les es propio-, entre otros, en el artículo 590 del Código General del Proceso. (Artículo 598 *ibidem* para los trámites de familia ahí especificados)

Las mismas, se adoptan para asegurar la eficacia y materialización de los derechos objeto de controversia judicial¹, situación que apareja indudablemente la garantía constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva, consagrada también en el artículo 2º, del C.G.P; menguando con ello el riesgo que el transcurso del tiempo en el que se produzca la decisión judicial, le signifique a quien resulte victorioso en el proceso.

Con algunas excepciones, (procesos de pertenencia, servidumbres o expropiación, en los cuales es obligatoria la inscripción de la demanda), ellas proceden a solicitud de parte, bajo su responsabilidad y por regla general, previa constitución de la caución respectiva.

En los procesos declarativos, las medidas cautelares conservan las características de ser instrumentales, accesorias - al proceso que las cimienta-, transitorias o temporales (Parágrafo 2 artículo 590 del C.G.P)², y, eminentemente preventivas, anticipándose a la decisión que se tome al interior de la litis, para preservar el derecho de la parte que las ruega. Así las cosas, las mismas no son una sanción a la parte demandada, sino una forma de protección a la parte demandante.

La inscripción de la demanda, es ejemplo de ello y también, de aquellas medidas nominadas y típicas, con las cuales se busca conservar o impedir la modificación del estado de cosas para el momento en que finalmente

¹“Para la Corte, 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” (Sentencia C 379 de 2004).

²Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. SC19903-2017. Radicación No 73268-31-03-002-2011-00145-01. de 29 de noviembre de 2017.

se tome una decisión, haciendo oponible el fallo a quienes hayan adquirido v.g, el o los inmuebles o bienes muebles - sujetos a registro-, con esa cautela ya inscrita (artículo 591 del CGP), sin que ello signifique que los coloque fuera del comercio, por lo que es factible que su propietario realice cualquier acto de disposición o limitación de su derecho de dominio, pero como se dijo, extendiéndose la sentencia a todos los terceros que participen en ellos, al punto que de serle favorable la sentencia al demandante, se debe ordenar la cancelación de las anotaciones de transferencias de propiedad o limitaciones, por disposición expresa del citado artículo 591. Esta medida cautelar, puede ordenarse desde el auto admisorio de la demanda y sin audiencia del demandado.

- **LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS/REQUISITOS LEGALES PARA SU DECRETO/ DISCUSIÓN DOCTRINARIA Y PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES FRENTE A LA HERMENEÚTICA DADA A LA DISPOSICIÓN/POSICIONES QUE AVALAN O RECHAZAN LA POSIBILIDAD DE DECRESTAR NO SOLO AQUELLAS MEDIDAS CAUTELARES NO PREVISTAS EN LA LEY - ATÍPICAS, SINO TAMBIÉN AQUELLAS TÍPICAS CONTEMPLADAS PARA OTROS PROCESOS.**

El Código General del Proceso contempla además en el citado artículo 590, la posibilidad de solicitar en los trámites de naturaleza declarativa, *"cualquiera otra media 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..."*.

Sobre la hermenéutica que debe darse a esta disposición no existe unanimidad de criterio en la doctrina, ni en la jurisprudencia, de hecho, la Sala Especializada de este Tribunal en aplicación excepcional conforme a lo dispuesto en el artículo 35 del C.G.P. abordó su estudio: Auto del 10 de septiembre de 2018 M.P. Doris Yolanda Rodríguez Chacón, sin encontrar igualdad de razonamiento, lo que generó que el suscrito realizara aclaración de voto, expresando las razones por las

cuales no compartía la lectura dada al literal c) del mentado artículo 590³.

En apretada síntesis, se anota que, para algunos, dando un significado "expansivo" y una interpretación "sistemática y principialística" a la norma, puede entenderse que "El legislador, al consagrar esta opción cautelar, no se refirió solamente, a las apedilladas medidas cautelas innominadas, 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 regulado"⁴

Por el contrario, para otro sector de la doctrina, las cautelas innominadas, atípicas o genéricas - sistema "numerus apertus", son aquéllas "que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y que hacen difícil, que sean contempladas todas por el legislador"⁵, sin que puedan comprender las típicas o nominadas para otros procesos.⁶

³ Proceso verbal de resolución de contrato radicado bajo el número 19532-31-12-001-2018-00012-01, en el cual expresé mediante aclaración de voto: "Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias, considero que a diferencia de lo que plantea la providencia, la norma en ninguno de sus apartes menciona que la medida cautelar que se encuentre razonable deba ser distinta a las reguladas o consagradas legalmente.

Si bien la medida cautelar discrecional puede ser nominada o innominada, lógicamente ha de corresponder a una medida diferente, distinta de las tipificadas, consagradas expresamente, pero para los procesos declarativos (artículo 590, literales a y b); intelección que en mi criterio asegura la prevalencia del derecho sustancial y la filosofía que inspiró su consagración ...", advirtiendo que en ese caso específico no se encontraban configurados los requisitos para la procedencia de la cautela innominada pedida razón por la cual acompañaba la decisión de negar su decreto.

⁴ Álvarez Gómez Marco Antonio. *Modulo "Régimen de Medidas Cautelares en el Código General del Proceso - Especialidad Civil"*. En el marco del VII Curso de Formación Judicial Inicial para Jueces y Magistrados, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2017. En igual sentido se ha pronunciado el tratadista Miguel Enrique Rojas Gómez, ver libro de "Lecciones de Derecho Procesal - Proceso Declarativos". Citas realizadas in extenso en auto del 10 de septiembre de 2018 M.P. Doris Yolanda Rodríguez Chacón.

⁵ RANGEL ROMBERG, Arístides. *Medidas Cautelares Innominadas*. En <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MEDIDASCAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>, web del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

⁶ Al respecto se encuentran autores como Jairo Parra Quijano y Ramiro Vejarano Guzmán.

Frente al tema la Corte Suprema de Justicia⁷, en las providencias emitidas sobre ese tópico, expresa que las cautelas "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 (...) "⁸. De modo que atendiendo la preceptiva del artículo 590 ídem, literal c), cuando autoriza como decisión cautelar "(...) cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio (...) ", implica entender que se está refiriendo a las atípicas, diferentes a las señaladas en los literales a) y b), las cuales sí están previstas legalmente para casos concretos; de consiguiente, las innominadas no constituyen una vía apta para hacer uso de instrumentos con categorización e identidades propias" (Subrayas originales).

Sin embargo, de esa posición se han apartado diferentes miembros de la Sala Civil del Alto Tribunal⁹, expresando que: "... El legislador relevó al funcionario judicial de realizar el estudio de los presupuestos legales y constitucionales referidos en el párrafo anterior, 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» o, «cuando el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual» (Lit. a y b, numeral 1º, art. 590 C.G.P.), ya que en estos episodios el examen de la legitimidad, efectividad, razonabilidad, ponderación y necesidad de la inscripción de la demanda, el embargo y/o el secuestro fue superado por la ley de antemano.

Sin embargo, lo visto en nada significa que esas mismas previsiones no puedan adoptarse como innominadas en causas diferentes, cuando el juez advierta satisfechos

⁷ STC15244-2019

⁸ Real Academia Española -RAE-. Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario [En Línea]. Actualización 2018 [25 de octubre de 2019]. Disponible en la Web: <https://dle.rae.es/?id=Lgshf22>

⁹ Dres. Octavio Augusto Tejeiro Duque y Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

los requerimientos de orden superlativo y legal mencionados (apariencia de buen derecho, peligro con la mora, razonabilidad, efectividad, ponderación, entre otros); tarea que está llamado a complacer el interesado, con la respectiva solicitud.

Esto es, las medidas innominadas no solo son las que no están expresamente señaladas en la ley, sino aquellas que estándolo en el ordenamiento, no lo están para un caso específico o particular, pues frente a éste son verdaderamente genéricas a pesar de ser típicas para otras eventualidades.

Ello porque prima la «efectividad de la sentencia» y no la «interpretación restrictiva» que antes era. Así, en las acciones reales, que consagran típicamente solo la inscripción de la demanda, pudiera aplicarse el embargo, que no está expresamente indicado, siempre que por ese camino se vaya tras la efectividad del fallo favorable al actor y se cumplan los requisitos que la norma exige (Lit. c, num. 1º, art. 590, C.G.P.).

En conclusión, el artículo 590 del Código General del Proceso formuló una regla general (lit. "c") y dos complementarias (lit. "a" y "b"), en las que instituyó las medidas cautelares nominadas que allá se exponen y las innominadas que vengan al caso, medidas éstas que para otros eventos podrán ser nominadas"¹⁰.

- **LA MEDIDA DE "EMBARGO, SECUESTRO Y RETENCIÓN" EN EL CASO CONCRETO.**

-Advierte este despacho que la solicitud de cautela fue "justificada" de la siguiente manera: "En el caso que nos ocupa se encuentra razonable que el demandado para eludir las resultas de la presente acción podría disponer de bienes y derechos que se encuentran en su poder y que pertenecen al patrimonio social, por lo cual se solicita la medida sobre el bien consistente en una motocicleta de placa OCC-12E...".

¹⁰ Salvamento de voto del Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque en Sentencia STC15244-2019. En Sentencia STC3028-2020 salvamento de voto del Dr. Tejeiro Duque y del Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

-A su turno la A Quo indicó que es la demandante "*quien ostenta la titularidad*" sobre el bien objeto de cautela, agregando que la misma "*no es imperativa para efectos de la protección del derecho en litigio*", además de tener la peticionaria "*otras acciones para reclamar sus derechos*", en caso de que el demandado pretenda "*disponer, disipar o distraerlo*".

-En ese orden de ideas y bajo los derroteros antes expuestos, no encuentra este despacho razón alguna por la cual la decisión de primera instancia merezca ser revocada.

-Si bien para el suscrito las medidas cautelares innominadas, bajo una interpretación sistemática de la norma, la prevalencia del derecho sustancial, la real observancia de las garantías constitucionales, la igualdad de las partes y la tutela jurisdiccional efectiva que les asiste, deben, tal como lo señala un sector de la doctrina y la jurisprudencia atrás referidas, comprender las típicas y nominadas en otros trámites; no puede perderse de vista que su procedencia al interior de un proceso determinado está supeditada al cumplimiento de los requisitos y presupuestos previstos en la norma, los que en este caso se echan de menos.

-Un estudio riguroso sobre la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la cautela deprecada, permite concluir que no se encuentra razonable para la protección del derecho en litigio o para asegurar su efectividad que se ordene el "*embargo, secuestro y retención*" de una motocicleta cuya propiedad ostenta la demandante, razón que impide que el demandado realice transferencia de dominio, imponga gravámenes o limitaciones a la propiedad, que se itera, tiene la demandante, aspecto que al parecer, descarta la necesidad de perseguir la inscripción de la demanda como medida típica procedente en estos procesos con las consecuencias que apareja, tal como se especificó en apartes anteriores.

-Aunado a ello, la apariencia de buen derecho en el presente caso no se muestra como un parámetro seguro

para adoptar la cautela, analizados los hechos de la demanda, estos no hacen mayor referencia a circunstancias de modo, tiempo o lugar en que se desarrolló la deprecada unión marital de hecho y no se puede por ahora y con esos elementos de juicio, inclinar este mecanismo a favor de la actora; resaltando que en todo caso, este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuizgamiento.

-Lo anterior, sin pasar por alto que se alega la existencia de una unión continua e ininterrumpida, pero obra nota marginal en el registro civil de nacimiento de la actora de haber contraído matrimonio con persona distinta al demandado y de quien se divorció el 14 de noviembre de 2018; afirmando que ello no impidió continuar su unión de facto, todo lo cual deberá ser objeto de análisis y debate probatorio al interior del proceso, a fin de corroborar si la citada comunidad de vida aparejó un acuerdo permanente en torno a un proyecto de vida común con el cumplimiento de los requisitos esenciales exigidos para la configuración ese fenómeno jurídico - Ley 54 de 1990 - el cual por su naturaleza, repele la presencia plural de relaciones y la preexistencia de un vínculo matrimonial no disuelto para derivar efectos patrimoniales, aquí también perseguidos.

-Es de resaltar que con la simple manifestación realizada por la demandante en torno a que "*el demandado podría disponer de bienes y derechos que se encuentran en su poder*" tampoco puede entenderse configurada una amenaza a los derechos que persigue en este juicio, pues con el bien intencionado propósito de resguardar su derecho, no se puede afectar otro igualmente tutelado por el ordenamiento jurídico, menos cuando el tamiz para su decreto no se ha superado y por cuanto, de resultar hipotéticamente victoriosa en sus pretensiones, disuelta la sociedad patrimonial, habría que liquidarla con los bienes que la conforman para efectos de asignar los gananciales que les correspondan a cada compañero permanente.

Por lo expuesto, el suscrito Magistrado Sustanciador del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, SALA CIVIL-FAMILIA,**

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar el auto del 5 de marzo de 2020, proferido por el JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE POPAYAN-CAUCA, dentro del proceso DECLARATIVO DE EXISTENCIA DE UNION MARITAL DE HECHO y SOCIEDAD PATRIMONIAL instaurado por TATIANA MARCELA TOSCANO CASTRO, en contra de RODRIGO HERRAN BARON.

SEGUNDO: Sin condena en costas en razón al amparo de pobreza reconocido por la A Quo a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

El Magistrado Sustanciador,

Firmado Por:

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

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:
cce08497457c8b20c7b6e26186b3508746d60b2fe2288f218ff5f4
ef03de424b

TRIBUNAL SUPERIOR DE POPAYÁN SALA CIVIL FAMILIA
RADICACIÓN: 19001-31-10-001-2020-00029-01
M.A.B.G.

Documento generado en 17/07/2020 10:13:17 AM