



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA.
SALA CIVIL- FAMILIA- LABORAL
RIOHACHA- LA GUAJIRA**

Riohacha, treinta (30) de agosto, de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.

Ref.	<u>APELACIÓN DE AUTO</u>
PROVIDENCIA:	AUTO NIEGA MEDIDA CAUTELAR
PROCESO	VERBAL DE LEVANTAMIENTO DE AFECTACIÓN FAMILIAR
DEMANDANTE:	FABIO HERNAN RESTREPO PIEDRAHITA
DEMANDADO:	JOSÉ ALFREDO ALCOCER
JUZGADO DE ORIGEN	PROMISCUO DE FAMILIA DE MAICAO
RADICACION	44-430-31-84-001-2021-00015-01

I. ASUNTO

Corresponde en esta oportunidad, resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra el auto del dieciocho (18) de Febrero de dos mil veintiuno (2021)¹, por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Maicao-Guajira en el proceso de la referencia.

Se debe examinar el numeral tercero de la parte resolutive, el cual expresa: *“Negar las medidas cautelares solicitadas por el apoderado de la parte demandante, por las consideraciones expuestas en la parte emotiva de este proveído.”*

RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la parte demandante interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación y expone sus argumentos de la siguiente manera²

“Las medidas cautelares son concebidas como una herramienta procesal a través de la cual se pretende asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales, sean personales o patrimoniales y, en último caso, se orientan a lograr la conservación del patrimonio del obligado, de salir adelante con los reclamos del demandante, restringiéndose con ello, los eventuales efectos desfavorables que puedan suscitarse ante la tardanza de los litigios.”

¹ Folios 117 Cuaderno expediente digital

² Folios 121 a 123 Cuaderno expediente digital



Entendemos que para decretar la medida cautelar, el juez debe apreciar la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o vulneración de 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....

En el presente caso, la anotación de afectación a vivienda familiar existente en el certificado de tradición con matrícula número 212-3497, le impide al Registrador Seccional de Instrumentos Públicos de Maicao, inscribir la orden de embargo proferida por el por el juez 1º Promiscuo Municipal de Maicao, por lo cual resulta acertada la intervención del Juez de Familia para informarle al registrador sobre la existencia de la demanda de levantamiento y prohibirle liberar ese inmueble que se encuentra en litigio.

Recuerda que mediante auto de "...11 de diciembre de 2020 el Juez Segundo Promiscuo del Circuito, ordenó levantar la medida cautelar que reposa sobre el citado inmueble y, pese a que también ordena dejarlo a disposición del Juzgado 1º Promiscuo Municipal, bien podría el señor registrador levantar el embargo de cumplirse el término perentorio de 30 días que advirtió en la Resolución número 002 del 3 de febrero de 2021."

Traen su apoyo el artículo 588 y ss del CGP y el artículo 590, literal c) numeral 1 y a la sentencia de constitucionalidad C- 835 de 2013.

Qué lo que se pretende con la medida cautelar "...es impedir que el demandado José Abreu se aproveche de la afectación que reposa en el certificado de tradición, para evadir cumplimiento de la obligación de cancelar su deuda, pues como ya hemos explicado que no puse más bienes registrados a su nombre."

Se queja que la funcionaria de primera instancia porque en su entender *"no hizo el escrutinio necesario del derecho alegado... y remitirse a las pruebas que allegamos..."*

Que según su parecer *"le permite establecer el llamado fumus boni iuris o apariencia de buen derecho de las medidas cautelares solicitadas. Creemos que olvidó revisar el proceso ejecutivo que aportamos, donde se evidencia el verdadero estado de la ejecución y la única medida que ha dado frutos fue el embargo de remanente, porque el oficio de embargo admitido por el Juez 1º Promiscuo Municipal nunca fue inscrito por el Registrador precisamente por la anotación que pretendemos eliminar"*

II. ANTECEDENTES

Con el auto recurrido y en lo que interesa al recurso que se resuelve, el Juzgado de conocimiento negó el embargo solicitado, en el numeral tercero.

Con auto de dieciséis (16) de abril de 2020³, la juez a quo resuelve negativamente el recurso de reposición del demandante y concede el recurso de apelación en efecto devolutivo.

El expediente llega al Tribunal Superior de Riohacha el veinte (20) de abril de 2021.

³Folio 129 a133 expediente digital.



III. AUTO APELADO:

El funcionario a quo, en lo pertinente para resolver la apelación que nos ocupa, dijo:

“... se debe resaltar que la parte no requiere el perfeccionamiento de nuevas medidas cautelares de las que tratan los artículos 588 y siguientes del C.G.P., sino, que...pretende que ese Juzgado...haga cumplir las medidas cautelares ya decretadas por el 1º Primero Promiscuo Municipal de Maicao, asunto que no es competencia este Despacho Judicial, razón por la cual, se despachara(sic) negativamente la solicitud de medidas cautelares peticionadas por la actora a la luz del artículo 43, Nral. 2 del C.G.P..”

Decisión del recurso de reposición:

Se decide con auto de dieciséis (16) de abril de 2021⁴, la funcionaria **a quo** no acoge los argumentos del recurrente y mantiene su decisión. Fueron argumentos de la decisión los siguientes:

Trae en su apoyo la sentencia de la honorable Corte Constitucional (sic) sentencia STC 3917-2020. Recordó las reglas para que se decreten medidas cautelares a los procesos civiles. Específicamente el artículo 590 del Código General del Proceso, literal C.

“...la solicitud de medidas cautelares incoadas por la recurrente, se busca que esta judicatura, obstruya el cumplimiento de una orden judicial del levantamiento de embargo emitida por el Juzgado (1) Promiscuo Municipal de Maicao en el expediente con radicado No. 4443040890001- 2016-00519-00 y a su vez, también solicita que este despacho perfeccione la medida cautelar de embargo ordenada mediante oficio No. 196 del 10 de febrero de 2017, por el mismo juzgado dentro de aquel proceso... este despacho no encuentra razonable el decreto de tales, que en el proceso judicial de cancelación de la afectación de vivienda familiar, se requiere la autorización otorgada por la autoridad judicial por medio de la correspondiente sentencia, para que posteriormente el registrador de instrumentos públicos proceda a efectuar la cancelación de esta inscripción y el bien pueda ser enajenado y embargado nuevamente, aspecto que no es tenido en cuenta por la recurrente, por lo que, se hace hincapié en cuanto a que el cónyuge propietario del inmueble afectado está imposibilitado para enajenar dicha propiedad hasta tanto no se le autorice el levantamiento de este instrumento, aspecto que se mantendrá hasta cuando se proceda a efectuarse la autorización judicial por medio de sentencia, para proceder a efectuar la cancelación de la afectación de vivienda familiar y ésta sea oponible a terceros... no se alcanza a acreditar la apariencia del buen derecho, puesto que, precisamente quien lo reclama, carece de la calidad de ser cónyuge firmante establecido en la ley 258 DE 1996 y la Ley 854 DE 2003, quedando entonces, como tema de fondo en el proceso, establecer si existe o no cualquier justo motivo apreciado por el juez de familia para levantar la afectación solicitada por la parte de un tercero presuntamente perjudicado o defraudado con la afectación, no siento entonces razonable, necesario y proporcional decretar la medida...la finalidad del instrumento jurídico de afectación a vivienda familiar es evitar al cónyuge propietario enajenar el bien en pro del bienestar del cónyuge o compañero no propietario y de sus hijos, en atención, a los actos de disposición que éste pudiera ejecutar, advirtiendo del

⁴ Folios 129 a 133 Cuaderno expediente digital



menoscabo del derecho a una vivienda digna que podría padecer su núcleo familiar, aspecto que reafirma, los principios constitucionales y la disposición normativa contenida en el artículo 42 de la Constitución Política, en la que se reconoce la posibilidad de establecer limitaciones al derecho de propiedad a favor de la protección superior de la familia y para tal efecto, la ley 258 DE 1996 y la Ley 8542 DE 2003 fueron creadas en aras de reforzar este objetivo constitucional, con el cual se le permite a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, disponer siempre un lugar de habitación, para asegurar, por un lado, el desarrollo armónico e integral de los hijos(C.P. art. 44) y, por otro, la preservación de los derechos de cuidado y auxilio mutuo que surgen de la decisión libre y responsable de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o de cohabitar juntos, aspecto que se acreditan por medio de instrumentos jurídicos tales como, la afectación a la vivienda familiar.”

SOLCITUD DE MEDIDAS CAUTELARES:

La demandante en el escrito de demanda solicitó medidas cautelares así:

“...la medida de embargo del inmueble y evitar que por una práctica de mala fe, el deudor, venda el inmueble, solicitamos previamente comunicar al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Maicao, se abstenga de levantar la medida de embargo, que actualmente reposa sobre el inmueble y de hacer cualquier otra anotación que libere el embargo que reposa en el certificado de tradición No 212-3497, y que pueda perjudicar los intereses del señor Fabio Restrepo y su proceso Ejecutivo.

Verdaderamente es un riesgo latente, pues como lo hemos manifestado, el mencionado inmueble es la única garantía que posee el acreedor Fabio Restrepo para asegurar el pago de su acreencia, toda vez que el deudor no posee otros bienes inmuebles, ni tampoco tiene voluntad de pagar el dinero. La medida provisional que solicitamos, ayudaría a alejar el riesgo que durante el trámite y hasta la sentencia del presente proceso, puedan vender el inmueble y suceder un perjuicio remediable para el señor Fabio Restrepo, cuando en realidad tenemos la expectativa de avanzar en el proceso ejecutivo con el respectivo remate del bien inmueble y con ese producto cobrar la obligación.

Además, citó textualmente la sentencia T-076 DE 2005 y el artículo 4º de la ley 258 de 1996, norma de la cual destaca el numeral 7º.

IV. CONSIDERACIONES

La competencia funcional que otorga el artículo 31 del Código General del Proceso, así como la procedencia de este recurso según el artículo 321 numeral 4º y se debe resolver por Sala Unitaria según el artículo 35 del C.G.P.

La competencia de esta sala está delimitada por las específicas disquisiciones que realiza el apoderado apelante, sin que se pueda avocar razones diferentes a las invocadas y únicamente respecto de decisiones desfavorables al recurrente, según lo ordena el artículo 328 del CGP inciso primero, máxime que en el presente asunto hay un único apelante.



3.1. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si acertó la juez de primera instancia al no decretar las medidas cautelares solicitadas en el escrito de demanda.

Sera eje temático del presente asunto, los siguientes. (i) Medidas Cautelares, (ii) Registro de embargos.

(i) Medidas Cautelares:

El doctor LOPEZ FABIO HERNA, en su obra, Código General del Proceso, parte especial, a página 752 y siguientes estudia el concepto de medida cautelar.

“La medida cautelar en el proceso civil busca precaver y prevenir las contingencias que pueden sobrevenir sobre las personas o los bienes, o sobre los medios de prueba mientras se inicia o se adelanta un proceso...”

Más adelante agrega

“Embargo de bienes

Esta medida cautelar aplicable a todo tipo de bienes (muebles, inmuebles, derechos) excluye el bien sobre el que recae del tráfico jurídico, pues de acuerdo con el artículo 1521 del C.C. su enajenación o gravamen constituye objeto ilícito, al disponer que se da el mismo en la enajenación “de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ellos”; queda así determinado que el embargo es la medida cautelar que tiene como efecto poner los bienes fuera del comercio

(...)

La ley registral (**LEY 1579 DE 2012**) es la que permite que los ciudadanos tengan seguridad jurídica en cuanto a las anotaciones que se hagan en los folios de matrícula, lo anterior en cumplimiento de los principios que establece en el artículo 3º, especialmente de publicidad y es oponible a todo mundo, según el artículo 47 de esta ley, que se traducen en la presunción de conocimiento de todos, de la situación jurídica de un bien inmueble y como, lo allí anotado, es oponible a todo el mundo, situación que en el caso que nos entretiene, la ley 528 de 1986, en el artículo 5, consagra la oponibilidad así: *“...a partir de anotación ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y en el correspondiente Folio de matrícula Inmobiliaria...”*. El artículo 7º de la ley antes citada, consagra la inembargabilidad de los inmuebles bajo esta afectación, esto trae aparejado que el código civil consagre el objeto ilícito en el artículo 1521, para cuando se hagan negociaciones de bienes embargados, precisamente porque tal medida pone los bienes fuera del comercio, esto es no se pueden enajenar. Claro está, la misma la norma establece la posibilidad de negociar el inmueble embargado pero con dos requisitos, que lo consienta el acreedor y lo autorice el juez.



Al examinar la razonabilidad de la medida, lo peticionado en la medida cautelar luce desacertado. Se le esta pidiendo a la funcionaria que rompa un principio registral, como lo es, el de, primero en el tiempo primero en el derecho, o como lo denomina la ley “*Prioridad o rango*” artículo 3 literal C) de la ley registral, esto es, si existe un embargo por cuenta de un proceso, solo el juez que ordenó el embargo lo puede levantar, y si existe una limitación de venta, como en el caso de la afectación de vivienda familiar, esa anotación, como lo señala la funcionaria de primera instancia no puede levantarse o cancelarse sino hasta que se defina por el juez de este proceso, que se configura una o varias causales que establece la ley.

De esta forma se confirma la decisión apelada, pero por las razones aquí expresada

En mérito de lo expuesto, la sala unitaria del Tribunal Superior de Distrito Judicial,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto recurrido en apelación proferido el del dieciocho (18) de Febrero de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Maicao-Guajira, en el proceso de la referencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, recurrente. Se fijan agencias en derecho en esta instancia en un (1) salario mínimo legal vigente, los cuales serán tenidos en cuenta al momento de la liquidación concentrada de costas.

TERCERO: Devuélvase al lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7 Ley 527 de 1999, arts, 2 inc. 2, Decreto
Presidencial 806 de 2020 art. 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado