El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Apelación de auto interlocutorio

Tipo de proceso : Verbal – Cesación de efectos civiles

Demandante : Martha Isabel Alzate Hincapié

Demandado : Juan David Sánchez Acosta

Procedencia : Juzgado Tercero de Familia de Pereira

Radicación : 66001-31-10-003-2020-00249-01

Mag. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

**TEMAS: MEDIDAS CAUTELARES / FINALIDAD / EMBARGO DE ACCIONES / FACULTADES DEL JUEZ / REQUERIR SOBRE LA FORMA EN QUE SE CUMPLIÓ LA CAUTELA.**

LA PROVIDENCIA RECURRIDA. Se negó a requerir a las sociedades Asul SAS y Sánchez Acosta SAS, para que explicaran sus respuestas a las cautelas decretadas sobre las acciones del demandado… Adujo que al ordenarlas advirtió a los destinatarios sobre el artículo 593-6°, CGP y, por ello se entiende que procedieron acorde con las acciones que tenía el señor Sánchez A. También se rehusó a requerir las copias y certificaciones pedidas para similares fines…

La decisión cuestionada será revocada, en lo que es motivo de apelación, porque para esta Sala Especializada, la impugnación es fundada.

No hay discusión sobre el cumplimiento de los presupuestos para el decreto de las cautelas, pues son procedentes y fue oportuna la petición; la disconformidad se centra en la manera en que se acató el embargo de las acciones en las sociedades Asul SAS y Sánchez Acosta SAS, se pidió requerirlas para esclarecer la situación, postura que esta sede estima plausible…

Las cautelas peticionadas tienen un efecto conservativo, pues buscan mantener la integridad del patrimonio, con miras no solo a la eventual y futura disolución de la sociedad conyugal, sino a los alimentos que pudieran reconocerse.

Se fundamentan en la urgencia de evitar un daño ocasionado por la posible demora en la resolución de un litigio, y en la necesidad de asegurar la eficacia de la sentencia que eventualmente llegue a proferirse. Son un instrumento predispuesto para el éxito de la providencia definitiva.

… tales circunstancias debieron motivar, inclusive, un requerimiento oficioso por parte del juzgado, pues como aduce el recurrente, uno de los poderes de ordenación e instrucción (Artículo 43, CGP) que tienen los jueces es “(…) 4. Exigir (…) a los particulares la información (…) que, no obstante haber sido solicitada por el interesado, no le haya sido suministrada, siempre que sea relevante para los fines del proceso. El juez también hará uso de este poder para identificar y ubicar los bienes del ejecutado (…)”

## 

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**AF-0011-2021**

Siete (7) de julio de dos mil veintiuno (2021).

1. **EL ASUNTO POR DECIDIR**

La impugnación propuesta por el vocero judicial de la actora, contra la providencia fechada el 16-02-2021 (Expediente recibido de reparto el 08-06-2021), según la argumentación siguiente.

1. **LA PROVIDENCIA RECURRIDA**

Se negó a requerir a las sociedades Asul SAS y Sánchez Acosta SAS, para que explicaran sus respuestas a las cautelas decretadas sobre las acciones del demandado, entre otras disposiciones (Admitió la contestación, reconoció personería, etc.). Adujo que al ordenarlas advirtió a los destinatarios sobre el artículo 593-6°, CGP y, por ello se entiende que procedieron acorde con las acciones que tenía el señor Sánchez A. También se rehusó a requerir las copias y certificaciones pedidas para similares fines (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, pdf. No.23).

Al resolver la reposición el día 07-05-2021 se dijo que los requerimientos desbordaban el alcance de las medidas, que la forma en que se acató esa decisión debe considerarse de buena fe (Artículo 83, CP) y corresponde a lo poseído el demandado; que los documentos exigidos, gozan de reserva legal (Art.61, CCo). En caso de existir pruebas de que los porcentajes eran los denunciados, podrán adelantarse las acciones pertinentes en otro trámite (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, pdf. No.27).

1. **LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN**

Negarse a los requerimientos es incongruente con la orden emitida al decretar la cautela, que fue concreta y precisa sobre el monto de las acciones pretendidas y no abstracta, frente a lo que tiene el demandado en las sociedades. Abstenerse a lo peticionado evidencia la falta de diligencia del juzgado, tal como ocurre con el embargo de cuentas cuyo decreto se ha pospuesto.

El artículo 593-6°, CGP permite ejercer las acciones correctivas cuando se actúe en contravía del acatamiento de una medida; en este caso, al solicitarla se acreditó el activo en cabeza del demandado, lo que hace inferir actuaciones fraudulentas para distraer esos bienes de su patrimonio; el Despacho contribuyó al desatender las solicitudes del cinco (5), once (1)1 y veinte (20) de noviembre e, incluso, al remitir, parcialmente (Algunos se libraron el 01-12-2020), los oficios comunicadores de las medidas el 23 de ese mes, cuando la admisión data del 03-11-2020.

Deben usarse las facultades dispositivas de los artículos 593-6°, 42-3° y 43-4°, CGP para atender la solicitud de requerimiento y permitir identificar y ubicar los bienes del ejecutado (Sic) (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, pdf. No.24, folios 15-21).

1. **LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR**
   1. La competencia funcional*.* La facultad jurídica para resolver esta disputa, radica en esta Colegiatura por el factor funcional (Artículos 31°-1º y 35, CGP), al ser superiora jerárquica del Despacho que emisor del auto recurrido.
   2. Los requisitos de viabilidad general del recurso. Desde la óptica procesal, en presencia de los recursos, deben siempre concurrir los llamados presupuestos de viabilidad, trámite[[1]](#footnote-2), o *condiciones para tener la posibilidad de recurrir[[2]](#footnote-3)*, según doctrina procesal nacional[[3]](#footnote-4)-[[4]](#footnote-5), y, para allanar el escrutinio del tema de apelación.

Esos requisitos son una serie de exigencias normativas formales que permiten su trámite y aseguran su decisión. Así anota el maestro López B.: “*En todo caso sin estar reunidos los requisitos de viabilidad del recurso jamás se podrá tener éxito en el mismo por constituir un precedente necesario para decidirlo*”[[5]](#footnote-6). Y lo explica el profesor Rojas G. en su obra: “*(…) para que la impugnación pueda ser tramitada hasta establecer si debe prosperar han de cumplirse unos precisos requisitos. En ausencia de ellos no debe dársele curso a la impugnación, o el trámite queda trunco, si ya se inició*” [[6]](#footnote-7).

Tales presupuestos son concurrentes y necesarios, ausente uno se malogra el estudio de la impugnación. La misma CSJ así lo ha enseñado: “*(…) al recibir el expediente, dentro del examen preliminar que le corresponde hacer (C. de P.C., art.358), debe prioritariamente examinar, entre otras situaciones, si se encuentran cumplidos los presupuestos indispensables para la concesión del recurso de apelación, y en el evento de hallarlos ajustados a la ley, admitirá el recurso, y. en caso, contrario lo declarará inadmisible (…)*”[[7]](#footnote-8). Y en decisión más próxima (2017)[[8]](#footnote-9) recordó: “(…) *Por supuesto que, era facultad del superior realizar el análisis preliminar para la «admisión» de la alzada, y conforme a la regla cuarta del canon 325 del C.G.P.*  *(…)”.*

Esos supuestos son legitimación, oportunidad, procedencia y cargas procesales (Sustentación, expedición de copias, etc.); los tres primeros implican la inadmisibilidad del recurso mientras que, el cuarto, provoca su deserción, así entiende la literatura procesal nacional[[9]](#footnote-10)-[[10]](#footnote-11).

En este caso están cumplidos en su integridad. La providencia atacada afecta los intereses de la actora, al negarse el pedimento; el recurso fue tempestivo, según el artículo 322-1º, CGP (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, pdf.23, folio 2 y pdf.24, folio 21); es procedente (Art.321-8º, ídem), y está cumplida la carga de la sustentación, a tono con el artículo 322-3º, íd. (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, pdf. No.24, folios 15-21).

* 1. El problema jurídico por resolver.¿Debe confirmarse, modificarse o revocarse el auto recurrido, a la luz de lo argüido por la parte actora?
  2. La resolución del problema jurídico
     1. Los límites al decidir en la alzada

Están definidos por los temas objeto del recurso, es una patente aplicación del modelo dispositivo en el proceso civil nacional (Arts. 320 y 328, CGP), es lo que hoy se conoce como la *pretensión impugnaticia[[11]](#footnote-12)*, novedad de la nueva regulación procedimental del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.[[12]](#footnote-13). Discrepa~~,~~ el profesor Bejarano G.[[13]](#footnote-14), al entender que contraviene la tutela judicial efectiva, de igual parecer Quintero G.[[14]](#footnote-15), mas esta Magistratura disiente de esas opiniones divergentes, en todo caso minoritarias.

Ha entendido, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra[[15]](#footnote-16), que opera la aludida restricción. En la última sentencia mencionada, se prohijó lo argüido por la CSJ en 2017[[16]](#footnote-17), eso sí como criterio auxiliar; y en decisión posterior y más reciente, la misma Corporación[[17]](#footnote-18) (2019), ya en sede de casación reiteró la referida tesis de la apelación restrictiva.

* + 1. La decisión del caso concreto

La decisión cuestionada será revocada, en lo que es motivo de apelación, porque para esta Sala Especializada, la impugnación es fundada.

No hay discusión sobre el cumplimiento de los presupuestos para el decreto de las cautelas, pues son procedentes[[18]](#footnote-19)-[[19]](#footnote-20) y fue oportuna la petición; la disconformidad se centra en la manera en que se acató el embargo de las acciones en las sociedades Asul SAS y Sánchez Acosta SAS, se pidió requerirlas para esclarecer la situación, postura que esta sede estima plausible, conforme pasa a explicarse.

Con la demanda se presentaron documentos de los que se colige la cantidad de acciones, cuyo embargo y secuestro se solicitó (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, documento No.4, folios 1 y 89) y, con sobre esa base se decretaron en el auto admisorio (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, documento No.6, folio 2).

Contestó la sociedad Asul SAS y dijo embargar doscientas mil (200.000) acciones (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, documento No.8, folio 3), cuando se le había ordenado el 31,25% (Equivalente a 1.250.200 acciones) del componente accionario (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, documento No.7, folio 1); por su parte la representante legal de Sánchez Acosta SAS indicó que el demandado carecía de acciones (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, documento No.8, folio 9).

Revisadas estas respuestas no se acompasan con los soportes ni con la orden emitida, falta claridad sobre la diferencia advertida o al menos una explicación para entender, acaso, que la cifra señalada por la primera de esas compañías, es equivalente a lo solicitado.

Las cautelas peticionadas tienen un efecto conservativo[[20]](#footnote-21), pues buscan mantener la integridad del patrimonio, con miras no solo a la eventual y futura disolución de la sociedad conyugal, sino a los alimentos que pudieran reconocerse.

Se fundamentan en la urgencia de evitar un daño ocasionado por la posible demora en la resolución de un litigio, y en la necesidad de asegurar la eficacia de la sentencia que eventualmente llegue a proferirse. Son un instrumento predispuesto para el éxito de la providencia definitiva. *“(…) cumple con objetivos como los de la igualdad procesal, la primacía del derecho sustancial y la efectividad de la administración de justicia, (…) sin cautelas no es posible materializar la sentencia que tutele el derecho reclamado (…)”[[21]](#footnote-22).*

Finalidades que parecieran estar en riesgo, si en cuenta se tiene la contestación de la Fiduciaria Bancolombia (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, documentos No.2º y No.24, folio 4), que es indicativa de que el demandado cedió sus derechos, en el interregno de tiempo transcurrido entre la admisión del proceso y la comunicación de las cautelas. Se infiere así que ese comportamiento respecto a los bienes desdice de la transparencia debida, una vez en curso el proceso judicial.

En adición, el juzgado de conocimiento desatendió la normativa especial sobre la inmediatez[[22]](#footnote-23), con la que deben resolverse y comunicarse las órdenes sobre medidas cautelares (Artículos 298 y 588, CGP), dado que las decretó en el auto admisorio que data del 03-11-2020 (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, documento No.6) y los oficios que las informaban solo fueron remitidos hasta el 23-11-2020 (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, documentos No.12 y 13). Ha debido resolver al día siguiente del pedimento y no esperar la ejecutoria del proveído, para expedir las comunicaciones del caso, por Secretaría.

Además, se hizo caso omiso de los requerimientos del apoderado judicial de la parte actora, que en tres (3) ocasiones: cinco (5), once (11) y veinte (20) de noviembre, insistió en las comunicaciones (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, documento No.24, folios 1-3). Ni siquiera se incorporaron al expediente. Es más, en contravía de las aludidas normas, el secretario respondió que enviarían los oficios una vez ejecutoriado el auto (Ídem, folio 2) y, finalmente, ocurrió pasados nueve (9) días hábiles del vencimiento de ese término.

Para esta Sala, tales circunstancias debieron motivar, inclusive, un requerimiento oficioso por parte del juzgado, pues como aduce el recurrente, uno de los poderes de ordenación e instrucción (Artículo 43, CGP) que tienen los jueces es *“(…) 4. Exigir (…) a los particulares la información (…) que, no obstante haber sido solicitada por el interesado, no le haya sido suministrada, siempre que sea relevante para los fines del proceso. El juez también hará uso de este poder para identificar y ubicar los bienes del ejecutado (…)”;* facultad que, sin dudas, pese a que no se trate de una ejecución, resulta aplicable, pues se trata de una regla general imperativa para todos los procesos.

La reserva legal invocada en la resolución se exceptúa, al tenor del artículo 63-4°, CCo para estos casos. Además, en manera alguna deben pasar inadvertidas las circunstancias anteriores al proceso, como la cantidad de acciones que tenía el demandado (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, documentos No.4º, folios 1-9 y 87-90) y que durante el trámite fueron cedidos otros bienes (Carpeta 1ª instancia, cuaderno demanda principal, documentos No.2º y No.24, folio 4). Recuérdese que es de la esencia del instituto cautelar[[23]](#footnote-24) “*(…) asegurar, dentro de lo posible, que durante el proceso se mantenga un estado de cosas similar al de su inicio y facilitar el restablecimiento del derecho*”.

Y la advertencia que hace el artículo 593-6°, CGP, sobre sancionar al gerente de una sociedad, cuando omite responder en el término de tres (3) días a una orden de embargo, es harto insuficiente como para entender que obrará con lealtad para con el peticionario de la cautela (Buena fe), atendidas las particularidades de lo acontecido en este asunto, que sin duda son los elementos que deben alertar al fallador para actuar con celeridad en procura de lograr la eficacia del fallo resolutorio del litigio.

Así las cosas, como ya se dijera, se revocará la decisión y se dispondrá, en uso de los amplios poderes directivos (Arts. 42-1º-2º-3° y 43-4°, CGP) y la expresa salvedad del estatuto mercantil (Art. 63-4°, CCo), oficiar a los gerentes de las sociedades Asul SAS y Sánchez Acosta SAS y al respectivo revisor fiscal de las compañías (Art.207-3º, CCo), para que certifiquen o envíen copia del libro de socios o accionistas (Arts.195, inciso 2º, 406 y 415, CCo), sobre la fecha de enajenación de las acciones del demandado Juan David Sánchez Acosta y su histórico de titularidad accionaria; así se podrá determinar la efectividad de la cautela dispuesta y la restricción negocial respectiva (Art.408, CCo).

1. **LAS DECISIONES FINALES**

En armonía con lo razonado se: **(i)** Revocará el auto en lo que fue apelado y, en su lugar, se ordenará librar los oficios de requerimiento deprecados; **(ii)** Advertirá la irrecurribilidad de este proveído (Artículo 35, CGP); **(iii)** No se condenará en costas al recurrente porque triunfo en su recurso (Artículo 365, CGP); y, **(iv)** Se ordenará devolver el expediente al juzgado de origen.

En mérito de lo discurrido en los acápites precedentes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Unitaria de Decisión,

R E S U E L V E,

1. REVOCAR el auto del 16-02-2021 del Juzgado Tercero de Familia de esta localidad, en lo que fue motivo de alzada.
2. ORDENAR, en consecuencia, oficiar a los gerentes de las sociedades Asul SAS y Sánchez Acosta SAS y a los revisores fiscales respectivos de las compañías, para que certifiquen o envíen copia del libro de socios o accionistas, sobre la fecha de enajenación de las acciones del demandado Juan David Sánchez Acosta y su histórico de titularidad accionaria.
3. ORDENAR que el juzgado libre los respectivos oficios, conjuntamente, con expedición del auto de “*estarse a lo resuelto por este Tribunal*”.
4. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible y ABSTENERSE de condenar en costas.
5. DEVOLVER el expediente al Despacho de origen, por conducto de la Secretaría de la Sala.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

1. FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en la segunda instancia. Memorias del XXIX Congreso de derecho Procesal, 2018, ICDP, p.307 ss. [↑](#footnote-ref-2)
2. ESCOBAR V. Édgar G. Los recursos en el Código General del Proceso. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. 2015, p.37. [↑](#footnote-ref-3)
3. LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2019, p.781. [↑](#footnote-ref-4)
4. PARRA Q., Jairo. Derecho procesal civil, tomo I, Santafé de Bogotá D.C., Temis, 1992, p.276. [↑](#footnote-ref-5)
5. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.781. [↑](#footnote-ref-6)
6. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo II, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.468. [↑](#footnote-ref-7)
7. CSJ. Sala Civil. Sentencia del 17-09-1992; MP: Ospina B. [↑](#footnote-ref-8)
8. CSJ. STC-12737-2017. [↑](#footnote-ref-9)
9. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.776. [↑](#footnote-ref-10)
10. ROJAS G., Miguel E. Código General del Proceso comentado, ESAJU, 2017, Bogotá DC, p.511. [↑](#footnote-ref-11)
11. ÁLVAREZ G., Marco A. Variaciones sobre el recurso de apelación en el CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Bogotá DC, editorial, Panamericana Formas e impresos, 2018, p.438-449. [↑](#footnote-ref-12)
12. FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324. [↑](#footnote-ref-13)
13. BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663. [↑](#footnote-ref-14)
14. QUINTERO G., Armando A. El recurso de apelación en el nuevo CGP: un desatino para la justicia colombiana [En línea]. Universidad Santo Tomás, revista virtual: *via inveniendi et iudicandi*, julio-diciembre 2015 [Visitado el 2020-08-10]. Disponible en internet: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6132861.pdf [↑](#footnote-ref-15)
15. TS, Civil-Familia. Sentencias del (i) 16-02-2021, MP: Grisales H., No.2013-00138-01; (ii) 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01; y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas. [↑](#footnote-ref-16)
16. CSJ. STC-9587-2017. [↑](#footnote-ref-17)
17. CSJ. SC-2351-2019. [↑](#footnote-ref-18)
18. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo II, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.624. [↑](#footnote-ref-19)
19. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procesos de familia e infancia, tomo 6, editorial ESAJU, Bogotá DC, 2021, p.202. [↑](#footnote-ref-20)
20. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo II, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.606. [↑](#footnote-ref-21)
21. INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Ob. cit., p.448. [↑](#footnote-ref-22)
22. Ídem. p.611. [↑](#footnote-ref-23)
23. PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.480. [↑](#footnote-ref-24)