

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA DE FAMILIA

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Expediente No. 11001311002320200032301

Demandante: Liliam Mariana Silva Hernández

Demandado: Juan Felipe Rojas Granada

RESCISIÓN PARTICIÓN - APELACIÓN DE AUTO

Se resuelve el recurso de apelación planteado por la apoderada judicial de la señora **LILIAM MARIANA SILVA HERNÁNDEZ** contra el auto del 23 de julio de 2021 proferido por el Juzgado Veintitrés de Familia de Bogotá, D.C., que negó el decreto de unas medidas cautelares.

I. ANTECEDENTES:

1. Con la demanda se solicitó el decreto de una medida cautelar innominada consistente en la suspensión de los efectos jurídicos de un acuerdo celebrado entre las partes.

2. Con proveído del 23 de julio de 2021 se negó la medida con sustento en que el acuerdo cuya suspensión se pretende *“fue privado, entre los aquí ex cónyuges, y que no hace parte de la Escritura Pública No. 1547 de fecha 20 de diciembre de 2018, por medio de la cual se liquidó la sociedad conyugal habida entre los mismos y los bienes allí referidos, no fueron, de igual forma, parte de dicha liquidación”* (PDF 15 C. Medidas Cautelares).

3. El anterior pronunciamiento fue objeto del recurso de apelación, el cual fue concedido con auto del 12 de noviembre de 2021 (PDF 24 C.

principal). El expediente fue remitido al Tribunal el 2 de diciembre de 2021 (PDF 29 C. principal).

II. CONSIDERACIONES:

La providencia apelada se confirmará por las siguientes razones:

1. Frente a las medidas cautelares procedentes en los procesos declarativos, señala el numeral 1º del artículo 590 del Código General del Proceso lo siguiente:

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.

(...)

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.

(...)

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, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

2. Frente a las medidas cautelares innominadas, ha dicho la jurisprudencia:

La Corte Constitucional, al declarar inexecutable el literal d) del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011, en la sentencia C-835 de 2013, orientó:

“(...) [E]n el ordenamiento jurídico colombiano hay cabida para una serie de medidas cautelares atípicas o innominadas, novedosas, que además de no ser viables de oficio, solo 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’ (...).”

“En efecto, en el Código General del Proceso (L. 1564 de 2012) las reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares en los procesos declarativos están contenidas en el artículo 590, según el cual

pueden ser solicitadas por el demandante, desde la presentación de la demanda.

“El literal c) del referido artículo 590 permite al juez, previa petición de parte, decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto de 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 tal efecto, el citado literal preceptúa que “el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho”. Igualmente, “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”.

“Queda claro que incluso en los casos de medidas cautelares innominadas o atípicas, es imperativo que el legislador diseñe previamente los parámetros mediante los cuales la autoridad, judicial o administrativa, pueda acudir a ella, pues aunque no existe una exigencia constitucional para que en todas las actuaciones se contemple la posibilidad de decretar medidas cautelares, es necesario que su definición por parte del Congreso atienda los criterios de razonabilidad y proporcionalidad (C-039 de 2004, ya referida).

“Así, aunque las medidas cautelares innominadas no significan arbitrariedad, sino una facultad circunstancialmente atribuida al juez técnicamente para obrar consultando la equidad y la razonabilidad, al servicio de la justicia, los parámetros para su imposición se encuentran previamente establecidos en la ley (...)”.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia STC3917-2020 también ha puntualizado:

Ciertamente, el ordenamiento jurídico, consagra, como antes se expuso, un régimen especial para la "inscripción de la demanda", previendo taxativamente los casos en los cuales procede, su alcance y efectos, y otro distinto para las cautelas innominadas, imponiendo para su decreto, la petición puntual del extremo interesado y un juicio minucioso del funcionario de conocimiento, en relación con la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

(...)

Es preciso acotar que, uno de los elementos distintivos de la última de las citadas cautelas es su carácter restringido con relación a las establecidas de antaño en el ordenamiento procesal civil, por tanto, requieren de un estudio minucioso sobre las particularidades que rodean el caso en el cual se solicita su imposición.

(...)

Es el literal c), el que demanda por parte del juez en el marco de su discrecionalidad y prudencia para el decreto y práctica de las medidas innominadas, tener en cuenta "(...) la legitimación o interés para actuar (...) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho (...) la apariencia de buen derecho (...), la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida (...)".

3. En el presente asunto, las pretensiones planteadas en la demanda son del siguiente tenor:

"Primera pretensión principal: *Que se declare que el acuerdo privado firmado el 20 de diciembre de 2018 firmado entre Liliam Mariana Silva Hernández y Juan Felipe Rojas Granada, para liquidar la sociedad conyugal existente entre ellos, es ineficaz por no cumplir con los requisitos formales exigidos para la liquidación de la sociedad conyugal por el numeral 5 del artículo 1820 del Código Civil, esto es, que deba realizarse mediante escritura pública".*

"Primera Pretensión subsidiaria" a la anterior pretensión principal, solicita la declaración de "nulidad absoluta" del referido acuerdo por "contrariar normas imperativas sobre la irrevocabilidad



de las capitulaciones matrimoniales establecidas en el artículo 1778 del Código Civil”.

“Segunda pretensión subsidiaria” a la principal y **“única subsidiaria a la pretensión subsidiaria”** se solicita **“se declare la rescisión por lesión enorme”** del citado acuerdo privado **“al desconocer las normas de los artículos 1821 a 1830 del Código Civil”**.

“Segunda pretensión principal: *Que se declare la nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 1547 del 20 de diciembre de 2018 de la Notaria Decima Circulo Notarial de Bogotá, mediante la cual se protocolizó el divorcio y se liquidó la sociedad conyugal entre Liliam Mariana Silva Hernández y Juan Felipe Rojas Granada, sólo en relación con la renuncia a gananciales y no liquidación de la sociedad conyugal (...)*”

“Pretensión subsidiaria” a la segunda pretensión principal, se solicitó **“se declare la nulidad relativa”** del citado instrumento **“por vicios de consentimiento”**.

“Tercera pretensión principal” que como consecuencia de la nulidad de la escritura e ineficacia del acuerdo privado **“se ordene restituir las cosas al estado anterior a la liquidación de la sociedad conyugal”** existente entre las partes.

En el escrito de demanda se solicitó la siguiente medida:

“1 Se ordene la suspensión de la ejecución del acuerdo privado celebrado entre Liliam Mariana Silva Hernández y Juan Felipe Rojas Granada el 20 de diciembre de 2018 a fin de liquidar la sociedad conyugal existente entre ellos”, relacionando las obligaciones señaladas en los numerales 2.2., 2.4 y 2.9 del citado acuerdo.

“2 Se ordene que los dineros que se giren del proyecto Magnolio a favor de la sociedad MOVEC S.A.S sean retenidos y congelados hasta que se dicte sentencia en el presente trámite”.

Como fundamento legal del pedimento cautelar se invocó el literal c) del numeral 1º del artículo 590 del C.G. del P., ya que: i) se trata de un proceso declarativo; ii) las medidas solicitadas “buscan la protección del objeto del litigio”.

4. La Sala Unitaria, y solo para los efectos de determinar la **apariencia de buen derecho o principio fumus boni iuris** como uno de los presupuestos para la viabilidad de la medida cautelar innominada perseguida, considera que en este estadio procesal, no se constata en el asunto de la referencia.

4.1. En efecto, en este asunto, un segmento del debate se limita a la ineficacia del “Acuerdo Privado” celebrado el 20 de diciembre de 2018 (pretensiones primera principal, primera subsidiaria y segunda subsidiaria), y sobre dicho acto es que se afianza el pedimento cautelar.

La parte actora señala que dicho Acuerdo contiene la liquidación de la sociedad conyugal de las partes. Así, en su demanda expresa que este Acuerdo “*corresponde a la liquidación de la sociedad conyugal ejecutada por los ex esposos*” (hecho 3.1.3); que “*la liquidación de la sociedad conyugal realizada mediante el acuerdo privado es ineficaz*” (3.1.4.); reitera que “*en el caso de la liquidación de sociedad conyugal realizada mediante acuerdo privado, es ineficaz, por lo que no debe generar efectos*” (3.1.6.); que el Acuerdo “*adolece de nulidad absoluta por desconocer normas imperativas, ya que el mismo incluyó en la liquidación de la sociedad conyugal bienes (...)*” (3.1.7.); el acuerdo “*resulta contrario a las normas sobre la partición de gananciales de la sociedad conyugal*” (3.1.11.), y que “*es claro que la liquidación contenida en el documento privado del 20 de diciembre de 2018, incurre en un desconocimiento de las normas sobre la partición de la sociedad conyugal*” (3.1.12.).

4.2. También la parte demandante combate la escritura pública 1547 otorgada por las partes en la Notaria Décima de Bogotá, D.C., el mismo día del Acuerdo Privado, esto es el 20 de diciembre de 2018.

Señala la parte actora que mediante dicha escritura las partes liquidaron su sociedad conyugal. Así, refiere que en dicho instrumento “*se realizó un remedo de liquidación de la sociedad conyugal*” (hecho 3.2.3.), y la

pretensión segunda principal refiere que mediante la citada escritura “se protocolizó el divorcio y se liquidó la sociedad conyugal existente entre” las partes. Pero es preciso recabar en que no es el acto jurídico de liquidación el que se fustiga, pues expresamente allí se pide la “*nulidad absoluta*” sólo en relación con “*la renuncia a gananciales y no liquidación de la sociedad conyugal (...)*”.

4.3. Ahora, puesta la atención en el “Acuerdo Privado” y en la escritura pública 1547, brota lo siguiente. En el primero, como bien lo rotularon las partes y reiteran en su clausulado, se trata de un “Acuerdo Privado” por medio del cual las partes “*han resuelto llegar a ciertos acuerdos respecto de los temas patrimoniales y la liquidación de la sociedad conyugal*”, por lo cual han llegado a una “*transacción*” para precaver todo litigio y por lo tanto “*se comprometen simultáneamente (...) a liquidar la sociedad conyugal de mutuo acuerdo*” simultáneamente con el trámite de divorcio, pactando unos acuerdos y concesiones recíprocas señalados en la cláusula segunda. En la escritura, se especifica que la naturaleza de los actos que se celebran son los de “*divorcio de matrimonio civil*” y “*disolución y liquidación de sociedad conyugal*”.

4.4. Bajo el anterior contexto y de manera preliminar, resulta brumoso, y se quiere contradictorio, que el mismo día, bajo dos documentos, uno privado y otro público, se haya liquidado una misma sociedad conyugal, según así expresamente lo señala la parte actora en su demanda. Tampoco, según lo transcrito del “Acuerdo Privado”, se avizora de manera nítida que allí se haya liquidado una sociedad conyugal. Entonces, independiente de las resultas del litigio, mientras tanto y para los efectos del decreto de la medida cautelar, esta situación deja en entredicho la apariencia del buen derecho de la parte actora para solicitar la suspensión de los efectos jurídicos del “Acuerdo Privado” del 20 de diciembre de 2018, el cual, en su sentir, contiene la liquidación de la sociedad conyugal habida por el hecho del matrimonio entre los señores **LILIAM MARIANA SILVA HERNÁNDEZ** y **JUAN FELIPE ROJAS GRANADA**.

5. Tampoco puede dejarse al margen del análisis que el “Acuerdo Privado” fue suscrito y reconocido en su firma y contenido por las partes, el que no ha sido tachado o redargüido de falso por la señora **LILIAM MARIANA**, pues fue incluso quien lo aportó al proceso, y sus críticas

gravitan en la eficacia de su clausulado. Por tanto, se trata de un documento auténtico (artículo 244 del C.G. del P.), el cual tiene el mismo valor que los públicos (art. 260 ibídem), esto es que se presume su legalidad.

En ese orden, dicho acuerdo conserva vigencia en este momento y es una ley para los contratantes (art. 1602 del C.C.), el que debe ejecutarse de buena fe *"y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella"* (art. 1603 ib.).

En este contexto, decretar la suspensión de los efectos del pluricitado "Acuerdo Privado", frente a un entramado jurídico que propende por el cumplimiento de lo pactado, resulta una **medida desproporcionada** bajo el amparo de una cautela innominada para los propósitos que fue legalmente establecida según lo señalado en el inciso primero del literal c) del numeral 1º del artículo 590 del Código General del Proceso. Proceder a dicho decreto, implicaría restringirle al demandado su prerrogativa fundamental para acceder a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política y 2º del Código General del Proceso, a fin de plantear las pretensiones que estime legítimas referidas al mismo Acuerdo. Por tanto, dicho valor constitucional no puede ser mermado bajo el abrigo de una cautela innominada, pues ni siquiera bajo estados de excepción se pueden lesionar los derechos supra legales.

Ahora, que el señor **JUAN FELIPE** decida demandar para ejecutar o resolver dicho convenio, implica que en ese escenario se le debe garantizar el derecho de defensa y contradicción a la señora **LILIAM MARIANA**. En esa medida, a ninguna de las partes se le restringe el derecho fundamental que tiene para obtener una tutela judicial efectiva.

6. Por último y frente a que *"2 Se ordene que los dineros que se giren del proyecto Magnolio a favor de la sociedad MOVEC S.A.S sean retenidos y congelados hasta que se dicte sentencia en el presente trámite"*, resulta una medida improcedente bajo la luz del artículo 590 del C.G. del P., pues en los procesos declarativos no se encuentra autorizada la retención y congelamiento de dineros, esto es el embargo, ya sea bajo una cautela



nominada o innominada, aparte de su desproporción frente al objeto del litigio pues, reiterase lo ya dicho frente a la vigencia y cumplimiento de las obligaciones surgidas entre los firmantes del "Acuerdo Privado" del 20 de diciembre de 2018.

No habrá condena en costas al tenor de lo previsto en la regla 8ª del artículo 365 del C.G. del P., habida cuenta que no aparecen causadas.

Por lo expuesto, el suscrito Magistrado de la **SALA DE FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,**

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 23 de julio de 2021 proferido por el Juzgado Veintitrés de Familia de Bogotá, D.C., que negó el decreto de unas medidas cautelares.

SEGUNDO: SIN CONDENAS en costas.

TERCERO: ORDENAR el regreso de las presentes diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ

Magistrado

Firmado Por:

**Jose Antonio Cruz Suarez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 De Familia
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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:

96dead3b313006c63536993b161847ba46f76f44937546a321c310275e743a14
Documento generado en 10/03/2022 04:10:19 PM

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