

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH

Magistrado Ponente

AUTO CIVIL

29 ENERO DE 2020

RAD: 44-874-31-89-001-2017-00013-01. Verbal Declarativo de Divorcio promovido por NAIRE CAROLINA MONCADA BROCHERO contra JHON DILINGER CAISARA PACAYA.

Decidir sobre el recurso de apelación en contra la decisión de proferida el 08 de mayo de 2017 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Villanueva, La Guajira, que solicita el pago de caución para el estudio del decreto de medida cautelar en el presente asunto.

1. ANTECEDENTES

1.1. Se puede apreciar en el expediente como hechos relevantes:

- a) La señora NAIRE CAROLINA MONCADA BROCHERO, instauró demanda declarativa, tendiente a que se decrete el divorcio del matrimonio civil con el demandado y como consecuencia de ello se practique la correspondiente disolución y liquidación de la sociedad conyugal con las correspondientes anotaciones a que hubiere lugar.
- b) Como medida preventiva conforme el artículo 590 del C. G. del P. solicita el embargo y retención de los dineros por concepto de cesantías para vivienda militar estén a nombre del accionado en CAPROVINMPO como miembro del ejército nacional.
- c) Previo al estudio de la medida cautelar el Juzgado de Origen requiere para que se constituya caución por el 20% del valor estimado de las pretensiones de la demanda.
- d) Contra la providencia anterior, el apoderado judicial de la parte accionante interpone recurso de apelación, teniendo como tópicos principales de la misma:
 - i) Que la medida se encierra únicamente a los derechos de los menores procreados en la relación dados sus derechos fundamentales y tiene como fin

específico la construcción de vivienda; **ii)** El código general del proceso suprimió el pago de caución de este tipo de medidas; **iii)** El artículo 598 del C. G. del P. no establece el pago de caución para el decreto de medidas previas o cautelares

2. CONSIDERACIONES

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

¿En los procesos declarativos de divorcio es necesario constituir caución previa al estudio y decreto de medidas cautelares?

Los insumos que se tendrán para evaluar de forma crítica el problema sumido serán los siguientes:

2.2. FUNDAMENTO JURÍDICO

Del Código General del Proceso

Artículos 590 Medidas cautelares en procesos declarativos. *En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:*

(...)

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.

Artículo 598 Medidas cautelares en procesos de familia. *En los procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos y de bienes, liquidación de sociedades conyugales, disolución y liquidación de sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes, se aplicarán las siguientes reglas:*

1. Cualquiera de las partes podrá pedir embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieran en cabeza de la otra.

4. DEL CASO EN CONCRETO

En primer término, se establece que esta Sala unitaria es competente para el presente asunto, conforme lo consagra el artículo 31 y 321 del C. G. del P.

Ahora bien, no cabe duda que la medida cautelar solicitada por el actor; la elevó con base en el artículo 590 del C. G. del P. que regula las medidas cautelares en procesos declarativos, como en el presente asunto; precepto legal que establece que para el decreto de cualquiera de las disposiciones que contempla dicha norma, es necesario la constitución de una caución del 20% de las pretensiones estimadas

de la demanda para efectos de responder por las costas y prejuicios derivados de su práctica.

Con solo lo anterior sería suficiente para despachar desfavorable el recurso de alzada; si no fuera, porque nos encontramos ante un proceso declarativo de divorcio, circunstancia que hace necesario traer a colación el artículo 598 *ibídem*, el cual, regula las medidas cautelares en procesos de familia y establece que en los procesos de nulidad de matrimonio, **divorcio**, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos y de bienes, liquidación de sociedades conyugales, disolución y liquidación de sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes se aplicará dicha norma legal para el decreto de las mismas. Dicha norma no contempla la necesidad de constituir caución alguna para el estudio y decreto de las medidas restrictivas que cumplan con los requisitos del canon procesal.

Como ya ha sido de manera reiterativa anunciado por la H. Corte Suprema de Justicia y el mismo código de procedimiento es deber del Juez interpretar la demanda de manera que permita resolver de fondo, pero dicho deber no solo se restringe a lo allí indicado, este puede también al momento de estudiar ciertas decisiones como las que aquí se plantean, que pese a que la norma en la que soportan la petición las partes son válidas, dado el proceso que se adelanta, puede existir otra fuente normativa que deba aplicarse al tema en concreto, ello, siempre guardado el debido equilibrio de las partes en el proceso.

Teniendo lo anteriormente claro, debe referirse que el artículo 598 del C. G. del P., solo permite el decreto de medidas cautelares encaminadas al embargo y secuestro solo de los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieran en cabeza de la otra, por tanto, si la solicitud no cumple lo anterior, indudablemente su petición deberá ser sometida a los preceptos legales contenidos en el artículo 590 de la codificación procesal y deberá constituir la caución allí dispuesta.

Para resolver el problema jurídico entonces se hace necesario entrar a estudiar la medida cautelar solicitada, para lo cual, se debe indicar que los matrimonios producen dos clases de efectos: los personales, que se refieren a los derechos y obligaciones que surgen entre los cónyuges y los patrimoniales, que se relacionan con la sociedad conyugal que se forma por el matrimonio y que la ley civil reglamenta.

Dicha sociedad conyugal y para efectos del presente asunto, sin entrar en mayores debates, en lo referente a los gananciales (art. 598 *ibídem*) se dividen en haber absoluto y haber relativo; el primero, es aquél en el que los bienes adquiridos por uno y otro cónyuge tiene la calidad de sociales, es el activo real de la sociedad y de conformidad con el artículo 1781 del Código Civil, está formado por los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio; aquí entran las cesantías y el segundo, está integrado por otros bienes que aunque se consideran sociales, la sociedad conyugal debe restituir en dinero al cónyuge aportante al momento en que sea disuelta. Con base en lo anterior, claramente la cesantía como prestación social derivada de la existencia de un contrato de trabajo, es un ingreso que forma parte de la sociedad conyugal, específicamente del haber absoluto, pues se trata de un emolumento proveniente de un empleo.

Con la simple explicación anterior, surge diáfano que la medida cautelar encuadra en los postulados contemplados en el artículo 598 del C. G. del P. y por tanto es dicha norma procesal la que debe aplicarse en el presente asunto, la cual, no exige la constitución de caución alguna para su estudio.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, La Guajira.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto apelado proferido el 08 de mayo de 2017 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Villanueva, La Guajira y ordenó la constitución de caución para el estudio de la medida cautelar solicitada por la parte demandante y, en consecuencia, deberá el Juzgado de origen pronunciarse de fondo sobre la solicitud sin exigir la constitución de caución alguna.

SEGUNDO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen para lo su competencia.

Sin recurso en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado.