

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA UNITARIA CIVIL - FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, junio dieciséis de dos mil catorce

Expediente 66001-31-03-001-2009-00241-03

Decide esta Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto proferido el 26 de abril de 2013, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, en el proceso divisorio promovido por Sandro Betancourt Bustamante contra Jenny Romero Hernández.

ANTECEDENTES

1.- En la demanda instaurada solicitó el señor Sandro Betancourt Bustamante se declarara terminada la comunidad formada entre él y Jenny Romero Hernández; se ordenara la división por venta de los inmuebles ubicados en la calle 30 con carrera 32, lotes 23 y 26, de Pereira, identificados con matrículas inmobiliarias No. 292-122198 y 290-122195 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del mismo lugar y se dispusiera su avalúo.

2.- Como fundamento de tales pretensiones se expresó, en breve síntesis, que las partes son propietarias en común y proindiviso de los citados inmuebles que solo son susceptibles de división por venta; el libelista no desea continuar con la comunidad formada y a pesar de los reiterados requerimientos, la demandada no ha manifestado su propósito de terminarla en forma voluntaria.

3.- Por auto de 3 de agosto de 2009 se admitió la demanda y se hicieron los demás ordenamientos de rigor.

4.- La accionada dio respuesta al libelo por medio de apoderado judicial. Aceptó los hechos que le sirven de sustento a las pretensiones, pero a estas se opuso bajo el argumento de que los inmuebles objeto de la acción tienen limitaciones al dominio, por estar afectados a vivienda familiar y con patrimonio de familia inembargable, razón por la cual no pueden ser enajenados, máxime cuando el beneficiario de esos gravámenes es el hijo de los litigantes, aún menor de edad.

Como excepción de mérito propuso la de retención y compensación entre el producto de la venta y el crédito que por valor superior al 50% le corresponde a la demandada teniendo en cuenta que el actor, así aparezca adquiriendo los bienes, no pagó la cuota que le

correspondía y la demandada tuvo que asumir el 90% de su precio a pesar de que “como en justicia debía serlo” cada uno de los compradores debía sufragar el precio en igual proporción. Adujo que el actor se aprovechó de ella, su compañera permanente, con quien tuvo unión marital entre 1996 y 2007

Además solicitó la misma señora el reconocimiento de mejoras.

5.- Decretadas y practicadas las pruebas solicitadas, por auto del 26 de abril de 2013 decidió el juzgado: a) reconocer a favor de la demanda mejoras; b) declarar infundada la objeción propuesta frente a la división; c) decretar la venta en pública subasta de los inmuebles objeto del proceso, “previo cumplimiento de las exigencias establecidas en la parte motiva de este auto”; d) no ordenar el avalúo de los bienes “por lo dicho anteriormente, a menos que una de las partes o ambas lo consideren necesario” y e) disponer que los gastos de la división serán a cargo de los comuneros, en proporción a sus cuotas partes.

Para decidir así consideró el funcionario de primera sede que en este caso el demandante está facultado por el artículo 467 del Código de Procedimiento Civil, para pedir la venta de la cosa común habida cuenta que según los certificados de tradición, aparece inscrito como propietario de los inmuebles en litigio, así como su contraparte; en cuanto a los gravámenes que afectan a los bienes, consideró que estos no pueden dar al traste con el proceso divisorio toda vez que “el levantamiento de las medidas allí plasmadas, corresponde a la voluntad de las partes y lo verdaderamente importante para el proceso divisorio es que ninguno de los propietarios está obligado a vivir en indivisión”. Indicó además que se demostraron las mejoras útiles y necesarias efectuadas de buena fe por la demandada; que no era necesario un nuevo avalúo, porque el practicado en el curso del proceso “guarda consonancia con el precio real de los bienes y no fue motivo de objeción, a menos que las partes consideren necesario uno nuevo”. También se dijo en la parte motiva, aunque no en la resolutoria, que efectuada la venta, el demandante deberá reconocer los gastos que haya asumido la demandada respecto del pago de honorarios y en general, cualquier otro acreditado en el proceso, en proporción a su cuota de propiedad y que antes de tramitar el secuestro del bien y señalar fecha para el remate, se debe acreditar la cancelación de las anotaciones que afectan los inmuebles.

6.- Inconforme con esa providencia, el apoderado de la parte demandada la apeló¹. En esta sede alegó que la decisión de ordenar la venta en pública subasta de los inmuebles objeto del proceso

¹ Por auto del 14 de mayo de 2013 el recurso fue denegado con el argumento de que se presentó el escrito respectivo en copia simple o en “impresión con firma digitalizada”; determinación frente a la cual se interpuso infructuosamente el recurso de reposición; también el de queja al que esta Sala decidió no dar trámite porque no cumplió el recurrente con los requisitos del artículo 378 del C.P.C. Sin embargo, mediante fallo de tutela, de 13 de enero de 2014, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ordenó al juzgado de primera instancia dejar sin efecto la providencia inicialmente concedida y dar trámite al recurso de apelación.

contraviene normas constitucionales² y del Código de la Infancia y la Adolescencia³, al dar mayor prevalencia al artículo 472 (sic) según el cual nadie está obligado a permanecer en comunidad, regla sometida al imperio de leyes superiores que impiden la venta en pública subasta de bienes que no pueden serlo, debido las limitaciones legales y constitucionales. Explicó que están demostrados los gravámenes que pesan sobre los predios “y estos son claros en establecer la presencia del menor JUAN JOSE (sic) BETANCOURT ROMERO”, como beneficiario de esas limitaciones.

También adujo que la autorización de la venta la concedió el juzgado sometida a unas exigencias que no se solicitaron en la demanda y dejó de pronunciarse sobre la excepción que propuso.

Solicita se revoque el auto impugnado; se declare la improsperidad de las pretensiones y se condene en costas al demandante.

CONSIDERACIONES

El artículo 467 del Código de Procedimiento Civil proporciona los instrumentos legales para que se ponga fin al estado jurídico de indivisión, al permitir que todo comunero pueda pedir la división material de la cosa común, o su venta para que se distribuya el producto.

En este caso el actor se inclinó por la última de esas opciones, pretensión a la que accedió el juez de instancia en el proveído que se revisa. De modo que decretó división por venta de los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias No. 292-122198 y 290-122195.

Inconforme con esa determinación, la parte demandada la impugnó. En síntesis aduce que se hizo caso omiso a la excepción de fondo que propuso; se decidieron cuestiones no planteadas en la demanda y no se tuvo en cuenta que sobre esos bienes recaen gravámenes que limitan el derecho de dominio.

Y para empezar por este último argumento, están probados en el proceso los siguientes hechos:

.- Por escritura pública No. 0538 del 26 de febrero de 1997, otorgada en la Notaría Cuarta de Pereira, la sociedad Gerenciar Cuba Ltda. vendió a los señores Jenny Romero Hernández y Sandro Betancourt Bustamante, quienes afirmaron ser cónyuges entre sí, con sociedad conyugal vigente, el derecho de dominio y la plena posesión que ejerce sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria No. 290-122195 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pereira. En el mismo acto, los compradores gravaron con hipoteca el bien adquirido, a favor de la Corporación Grancolombiana de Ahorro

² Artículos 1, 2, 3, 6, 42, 44 y 45.

³ Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 26 y 36.

y Vivienda "Granahorrar" y de conformidad con el artículo 60 de la ley 9 de 1989, adicionado por el 38 de la ley 3ª de 1991, constituyeron patrimonio de familia inembargable, por tratarse de una vivienda de interés social. Además lo afectaron a vivienda familiar⁴. Todos esos actos, aparecen inscritos en el folio de matrícula inmobiliaria respectiva⁵.

.- Por escritura pública No. 1.703 del 25 de mayo de 2005, otorgada en la Notaría Tercera de Pereira, los señores Ángela Valencia Zuluaga y Robert Bairo Betancur Granada vendieron a los señores Jenny Romero Hernández y Sandro Betancourt Bustamante, casados entre sí, con sociedad conyugal vigente, el derecho de dominio y la plena posesión que ejercen sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria No. 290-122198 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pereira. En el mismo acto, los compradores acordaron afectar a vivienda familiar el bien adquirido⁶. Tales actos, aparecen inscritos en el folio de matrícula inmobiliaria respectiva⁷.

La Ley 70 de 1931, por medio de la cual se autoriza la constitución del patrimonio de familia, dice en el artículo 23: *"El propietario puede enajenar el patrimonio de familia o cancelar la inscripción por otra que haga entrar el bien a su patrimonio particular sometido al derecho común; pero si es casado o tiene hijos menores, la enajenación o cancelación se subordinan, en el primer caso, al consentimiento de su cónyuge, y, en el otro, al consentimiento de los segundos, dado por medio y con intervención de un curador, si lo tienen, o de un curador nombrado ad hoc."*

Y la Ley 258 de 1996, por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones, dice en el artículo 4º:

"Levantamiento de la afectación. Ambos cónyuges podrán levantar en cualquier momento, de común acuerdo y mediante escritura pública sometida a registro, la afectación a vivienda familiar.

En todo caso podrá levantarse la afectación, a solicitud de uno de los cónyuges, en virtud de providencia judicial en los siguientes eventos:

1. Cuando exista otra vivienda efectivamente habitada por la familia o se pruebe siquiera sumariamente que la habrá; circunstancias éstas que serán calificada por el juez.

2. Cuando la autoridad competente decrete la expropiación del inmueble o el juez de ejecuciones fiscales declare la existencia de una obligación tributaria o contribución de carácter público.

⁴ Folios 2 a 7, cuaderno principal

⁵ Folios 11 y 12, cuaderno principal

⁶ Folios 8 a 10, cuaderno principal

⁷ Folios 13 y 14, cuaderno principal

3. Cuando judicialmente se suspenda o prive de la patria potestad a uno de los cónyuges.

4. Cuando judicialmente se declare la ausencia de cualquiera de los cónyuges.

5. Cuando judicialmente se declare la incapacidad civil de uno de los cónyuges.

6. Cuando se disuelva la sociedad conyugal por cualquiera de las causas previstas en la ley.

7. Por cualquier justo motivo apreciado por el juez de familia para levantar la afectación, a solicitud de un cónyuge, del Ministerio Público o de un tercero perjudicado o defraudado con la afectación.

Parágrafo 1. En los eventos contemplados en el numeral segundo de este artículo, la entidad pública expropiante o acreedora del impuesto o contribución, podrá solicitar el levantamiento de la afectación.

Parágrafo 2. Modificado por el art. 2, Ley 854 de 2003. La afectación a vivienda familiar se extinguirá de pleno derecho, sin necesidades de pronunciamiento judicial, por muerte real o presunta de uno o ambos cónyuges."

De conformidad con el artículo 12 de la misma ley, sus disposiciones también se aplican a los compañeros permanentes cuya unión haya perdurado por lo menos dos años.

De acuerdo con las normas citadas, el bien afectado con patrimonio de familia inembargable puede ser enajenado por el propietario, previo consentimiento de su cónyuge o compañero permanente y de tener hijos, también se requiere el consentimiento de estos, otorgado por medio de un curador. El levantamiento de la afectación a vivienda familiar, procede por el acuerdo de los cónyuges o compañeros permanentes; por decisión judicial, en los casos que enlista la última norma transcrita y de pleno derecho por la muerte real o presunta de uno o ambos cónyuges.

Pero sea como fuere, mientras no se acuda a los mecanismos que la misma ley consagró para los efectos que se acaban de indicar, el dominio sobre los bienes afectados con patrimonio de familia inembargable o a vivienda familiar se mantienen vigentes como medida para proteger el núcleo familiar.

Sobre la afectación a vivienda familiar, ha dicho la Corte Constitucional:

"5. El artículo 42 de la Constitución Política reconoce la posibilidad de establecer limitaciones al derecho de propiedad a favor de la protección superior de la familia, como principio fundante y valor axiológico del Estado colombiano, según lo reconocen los artículos 1° y 2° de la Carta Fundamental.

Para el efecto, la norma constitucional en cita admite como una

de las garantías constitucionales previstas para defender a la institución familiar, la posibilidad de decretar conforme a la ley, la existencia de un patrimonio familiar inembargable e inalienable.

Con el objeto de hacer realidad el mandato constitucional reseñado, el legislador paulatinamente ha proferido un conjunto de leyes que se dirigen a velar precisamente por la protección de dicha institución familiar, entre ellas, el ordenamiento civil reconoce en la actualidad las siguientes: (i) El patrimonio de familia, regulado por las Leyes 70 de 1931 , 9ª de 1989 , 3ª de 1991 , 495 de 1999 y 546 de 1999 ; (ii) La afectación a vivienda familiar, prevista en las Leyes 258 de 1996 y 854 de 2003 ; y finalmente; (iii) El patrimonio de familia sobre el único bien urbano o rural perteneciente a la mujer (u hombre) cabeza de familia, de conformidad con la Ley 861 de 2003.

Dicha competencia del legislador para establecer distintos mecanismos de protección familiar y para disponer el alcance jurídico de los atributos que se predicen de cada uno de ellos, ha sido reconocida por la Corte en los siguientes términos:

“Si el legislador está facultado para establecer el patrimonio familiar, es obvio que tiene atribución para consagrar reglas específicas sobre aspectos patrimoniales que importan sustancialmente a la familia, como la vivienda, con el objeto de brindarle una protección acorde con los postulados constitucionales. Y, desde luego, puede también señalar las características y consecuencias que en el mundo del Derecho tiene la decisión de erigir determinados inmuebles en patrimonio de familia, así como la concreta de establecer sobre bienes inmuebles el gravamen de su destinación a vivienda familiar. Y, por supuesto, será igualmente la ley la que defina, en cuanto a tal patrimonio, el ámbito jurídico y la cobertura de las notas de inalienabilidad e inembargabilidad. En otros términos, si puede el legislador determinar o no el patrimonio familiar, la ley goza necesariamente de autorización constitucional para disponer en qué aspectos se entiende inalienable el patrimonio afectado y el alcance de la inembargabilidad que de él se predica...”⁸

6. Del conjunto normativo previsto en las Leyes 258 de 1996 y 854 de 2003 , se puede extraer una noción de afectación a vivienda familiar, conforme a la cual ésta consiste en el gravamen o limitación que se constituye sobre el derecho de dominio de un bien inmueble, adquirido en su totalidad por uno o ambos cónyuges o compañeros permanentes, antes o después de la celebración del matrimonio o de la unión que haya perdurado al menos dos (2) años, y que se encuentra destinado para beneficio exclusivo de la habitación familiar, el cual a partir de su constitución adquiere el carácter de inalienable e inembargable, salvo que por el consentimiento del otro cónyuge, o en general, previo levantamiento judicial, se proceda a su cancelación...”⁹

Y en relación con la misma figura y el patrimonio de familia, la misma Corporación ha enseñado:

“2.3.1 El patrimonio de familia y la afectación a vivienda familiar han sido dos figuras dispuestas por la legislación civil para proteger a la familia y a los hijos menores de edad en su

⁸ Sentencia C-664 de 2008. MP. José Gregorio Hernández Galindo

⁹ Sentencia T-076 de 2005. MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil

vivienda familiar. Las dos medidas de salvaguarda recaen sobre el mismo objeto: el bien inmueble destinado a la vivienda familiar, y tienen hoy en día, como se verá, la misma finalidad: proteger el inmueble contra los terceros acreedores que pretendan saldar el crédito con la vivienda familiar del deudor y oponerse al cónyuge o compañero permanente que quiera disponer autónomamente del bien destinado a vivienda. Del mismo modo, las dos entidades tienen como objetivo garantizar el derecho a la vivienda digna, para el mejor desenvolvimiento de la familia aún en situaciones de quiebra o crisis financiera.

...

2.3.6 Otro aspecto en que se diferencia la afectación de vivienda con el patrimonio de familia, se refiere a la disponibilidad del bien inmueble. Mientras que en el artículo 3° de la Ley 258 de 1996, sobre afectación de vivienda se dice que *“Los inmuebles afectados a vivienda familiar solo podrán enajenarse, o constituirse gravamen u otro derecho real sobre ellos con el consentimiento libre de ambos cónyuges, el cual se entenderá expresado con la firma”* (negrilla fuera del texto), en el artículo 24 de la Ley 70 de 1931, sobre patrimonio de familia se establece que *“El propietario puede enajenar el patrimonio de familia o cancelar la inscripción por otra que haga entrar el bien a su patrimonio particular sometido al derecho común; pero si es casado o tiene hijos menores, la enajenación o la cancelación se subordinan en el primer caso, al consentimiento de su cónyuge, y, en el otro, al consentimiento de los segundos, dado por medio o con intervención de un curador, si lo tienen, o de un curador nombrado ad hoc”*. De tal manera que ambas medidas de salvaguarda permiten la enajenación siempre y cuando exista consentimiento del cónyuge o compañero permanente, pero en el caso del patrimonio de familia voluntario de propiedad plena de la Ley 70 de 1931, también se tiene que dar consentimiento de los hijos menores, cuando existan, por intermedio de curador...”¹⁰

Los argumentos anteriores permiten deducir que en el asunto sometido a estudio no procedía la división ad-valorem de los dos inmuebles ya referidos, que ordenó el funcionario de primera sede en la providencia impugnada, porque ambos están afectados a vivienda familiar y sobre uno de ellos se constituyó además patrimonio de familia inembargable, los que a la fecha se encuentran vigentes como lo acreditan los respectivos certificados de tradición, máxime cuando las partes en conflicto tienen un hijo común, aún menor de edad, como lo demuestra el documento de origen notarial que se incorporó a la actuación¹¹.

De esa manera las cosas, para la Sala no tienen acogida los planteamientos del funcionario de primera sede que al analizar lo relacionado con esas limitaciones, solo expresó que no tenían “por qué dar al traste con la presente demanda ni desde la presentación de ella, ni en el estado procesal actual, por cuanto el levantamiento de las medidas allí plasmadas, corresponde a la voluntad de las

¹⁰ Sentencia C-317 de 2010. MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

¹¹ Ver folio 133, cuaderno No. 1

partes y lo verdaderamente importante para el proceso divisorio es que ninguno de los propietarios está obligado a vivir en indivisión". En tal forma desconoció los preceptos legales que limitan el derecho de dominio y jurisprudencia constitucional que protege la vivienda familiar.

Y ello, aunque se haya ordenado la venta en pública subasta, "previo cumplimiento de las exigencias establecidas en la parte motiva de este auto", en la que se ordenó cancelar el patrimonio de familia inembargable y la afectación a vivienda familiar antes de fijar fecha para la venta en pública subasta, porque para autorizarla los bienes debían ser susceptibles de enajenación con el fin de evitar nulidades sustanciales y porque la referida venta no puede someterse a una condición, como efectivamente lo hizo el funcionario de primera sede.

Con lo anterior se quiere significar, que la cancelación de tales limitaciones al ejercicio del derecho de dominio, han debido producirse antes de la fecha en que se dictó el auto impugnado, sin que pueda perderse de vista la improcedencia de cualquier solicitud tendiente a obtener la modificación o levantamiento de dichos gravámenes en el curso de este proceso divisorio, porque la competencia para decidir sobre una pretensión de tal naturaleza, por lo menos en cuanto a la afectación a vivienda familiar, según el artículo 10 de la Ley 258 de 1996, radica en el juez de familia o, en su defecto, en el juez civil municipal o promiscuo municipal del lugar donde se encuentra ubicado el inmueble, mediante proceso verbal sumario, pretensión que según la precitada norma sólo es acumulable "... dentro de los procesos de declaratoria de ausencia, muerte presunta o por desaparecimiento, interdicción civil del padre o de la madre, pérdida o suspensión de la patria potestad, divorcio, separación de cuerpos o de bienes y liquidación de la sociedad conyugal...", pero no en uno como el que ahora ocupa la atención de esta Sala.

Por lo expuesto, se revocará la decisión censurada; en su lugar, se negarán las ventas pretendidas y se admitirá la oposición planteada por la parte demandada.

Como consecuencia de lo anterior, no es del caso emitir pronunciamiento alguno sobre la excepción propuesta por la parte demandada.

La parte demandante será condenada a pagar las costas causadas, en ambas instancias, a favor de la parte actora. Para liquidar las que corresponden en esta sede, las agencias en derecho se fijarán en la suma de \$900.000.

En mérito de lo expuesto, la Sala Unitaria Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira,

R E S U E L V E:

1°.- REVOCAR el auto proferido el 26 de abril de 2013, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, en el proceso divisorio promovido por Sandro Betancourt Bustamante contra Jenny Romero Hernández. En su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda y se admite la oposición formulada por la parte demandada.

2°.- Se condena al demandante a pagar las costas causadas en ambas instancias a favor de la demandante. Para liquidar las que corresponden en esta sede, las agencias en derecho se fijan en la suma de \$900.000.

Notifíquese,

La Magistrada,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS