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.

Providencia: Auto - 2ª Instancia – 2 de octubre de 2018

Radicación Nro.: 66170-31-10-001-2008-00579-01

Demandante: María Ofir Valencia Zapata

Demandado: Otoniel Osorio Osorio

Proceso:                 Liquidación de sociedad conyugal

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**TEMAS: MEDIDAS CAUTELARES / PROCEDEN EN TRÁMITE DE PARTICIÓN ADICIONAL / DEBEN RECAER SOBRE BIENES EN CABEZA DE LOS CÓNYUGES Y QUE FORMEN PARTE DE LA PARTICIÓN ADICIONAL.**

Los motivos que fundamentan la partición adicional se encuentran establecidos en el artículo 518 del Código General del Proceso, cuando perentoriamente prescribe: “Hay lugar a partición adicional cuando aparezcan nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal o patrimonial, o cuando el partidor dejó de adjudicar bienes inventariados (…)”.

De tal forma que la partición adicional, es aquella accesoria y complementaria a una partición, que se denomina principal; es decir, hace parte de la anterior, por lo que fuerza concluir se enmarca dentro de los procesos de familia a que se refiere el artículo 598 del CGP, en los que se permiten las medidas cautelares de embargo y secuestro.

Ahora bien, tal disposición legal, que encuentra su fundamento en la necesidad de proteger el haber social, en su numeral 1 restringe la posibilidad de solicitar las cautelas de los bienes que pueden ser objeto de gananciales, a que estuvieren en cabeza del otro ex cónyuge, lo cual se explica en cuanto a que de no estar en sus haberes, no podrá aducirse se van a distraer; de modo que para esta Sala, resultaría improcedente pedir y decretar tales medidas sobre un elemento patrimonial del cual, si bien hizo parte del haber de la sociedad conyugal, ya no se es titular del mismo.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado: **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, dos (2) de octubre de dos mil dieciocho

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**I. ASUNTO**

Se decide el recurso de apelación formulado por el demandado, contra el auto de 4 de mayo de 2018 proferido por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, en la partición adicional a la liquidación de la sociedad conyugal promovida por **MARÍA OFIR VALENCIA ZAPATA** frente a **OTONIEL OSORIO OSORIO**.

**II. ANTECEDENTES**

1. Mediante apoderado judicial, pidió la señora **MARÍA OFIR VALENCIA ZAPATA** liquidación adicional de la sociedad conyugal que se formó por el matrimonio contraído con el señor **OTONIEL OSORIO OSORIO.**

2. Relacionó como partida única de la partición adicional el siguiente bien: Un inmueble ubicado en la calle 44 No. 18-33 de Dosquebradas Risaralda, con folio de matrícula inmobiliaria número 294-30373, el cual describió por sus linderos y dijo haberlo adquirido su ex esposo mediante escritura pública número 1243 del 24 de marzo de 1994, otorgada en la Notaría Segunda de Pereira.

En audiencia de inventario y avalúos de que trata el artículo 501 y siguientes del Código General del Proceso, celebrada el 4 de mayo de este año, solicitó el abogado de la señora **MARÍA OFIR**, con fundamento en el artículo 593-3, el secuestro de la posesión que ostenta **OTONIEL OSORIO OSORIO**, sobre el bien inmueble objeto de la partición, toda vez que el citado señor, “funge como tenedor con ánimo de señor y dueño, habida cuenta que reside en ese lugar y además cuando viaja, efectivamente ahí es donde lo reciben y se ubica y permanece en ese inmueble. Frente al público hay prueba suficiente donde se dice y se entiende que él es el propietario de ese bien.” (minuto 07:30 del CD de audio de la diligencia).

3. Mediante el auto confutado, el *a quo* resolvió acceder al tal pedimento, dijo “*a pesar de que en el registro de tradición aparece que le transfirió el derecho real de dominio a una hija, pero que él realmente funge como poseedor, con actos de señor y dueño, (…) antes de continuar con el inventario y avalúos para que sea incluido eventualmente en la próxima diligencia de inventarios y avalúos, decreta el secuestro de la posesión que dice el apoderado de la parte demandada, ostenta el señor Otoniel Osorio, a pesar de que en el certificado de registro aparece que es su hija la propietaria, entonces, el despacho atiende esa petición, suspende esta audiencia de inventarios y avalúos, decreta, no el embargo, porque el bien inmueble no está en cabeza del demandado, decreta el secuestro de la posesión, medida que procede de conformidad con el artículo 598 del Código General del Proceso (…) como este bien, lo que se está alegando es la posesión efectivamente el bien como tal no está en cabeza del otro cónyuge, pero dice la parte demandante que es la posesión la que está en su cabeza, por eso, la norma del artículo 593 que citó el apoderado de la parte demandante, embargos, tercero, el de bienes muebles no sujetos a registro y de la posesión sobre bienes muebles o inmuebles se consumará mediante el secuestro de estos, compaginándolo con el 598 del CGP, es viable decretar el secuestro (…)”* (minuto 13:42)

4. Los motivos de inconformidad de la parte demandante, se formularon por vía de apelación, (minuto 26:00), sustentada en que el señor Otoniel Osorio, no es propietario, ni poseedor, ni tenedor del bien inmueble perseguido. Su representado posee nacionalidad y ciudadanía estadounidense, donde tiene establecida su residencia, domicilio y asiento principal de sus negocios y cuando viaja a Colombia se hospeda en el Conjunto Residencia Galatea de Dosquebradas o en Itagüí, Antioquia.

Señala, que el artículo 598 del CGP, establece de forma clara y precisa las medidas cautelares aplicables a los procesos de familia, dentro de los que no aparece el proceso de partición adicional de liquidación de la sociedad conyugal, a más que conforme al numeral primero de dicha norma el bien objeto de la medida está en cabeza de un tercero.

4. Cumplido el trámite del recurso, procede la Sala a resolverlo.

**III. CONSIDERACIONES**

1. El auto recurrido es apelable, por virtud del numeral 8 del artículo 321 del CGP. Esta Corporación tiene competencia para conocer del recurso vertical, ya que es el superior funcional del juzgado que dictó la providencia confutada, además, ha sido debidamente sustentado por quien se considera afectado.

2. Como se sabe, las medidas cautelares se dirigen a asegurar las consecuencias de un pleito, mediante el mantenimiento de una situación de hecho o de derecho, a fin de que las decisiones que se tomen al resolver el conflicto no se hagan nugatorias, y que se logre el objetivo buscado en un proceso.

3. Esta institución procesal se gobierna por el principio de la taxatividad, ya que solo procede cuando el legislador así lo haya dispuesto de manera concreta para un asunto en particular. Deben estar predeterminadas en la ley, porque la codificación se encarga no sólo de tipificarlas sino de señalar el proceso dentro del cual proceden, como bien lo anota el profesor López Blanco.[[1]](#footnote-1)

Su régimen quedó recogido en el Libro Cuarto del Código General del Proceso; el artículo 590 reglamenta las medidas cautelares en procesos declarativos, el 598 en los de familia y en el 599 los ejecutivos.

4. Ciertamente, el artículo 598 se ocupa de las medidas cautelares en los procesos de familia, esto es, en los de nulidad de matrimonio, divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonios celebrados por el rito canónico, separación de cuerpos y de bienes, liquidación de sociedades conyugales disueltas por causa diferente a la muerte de uno de los cónyuges, disolución y liquidación de sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes. De tal forma, es evidente que si el legislador destinó un artículo especial para regular todo lo relacionado con tales medidas, estas deben regirse exclusivamente por esa normativa. En efecto, siendo el artículo 598 del CGP una disposición especial, esta última prevalece, según lo reglado en el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, pues *“la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”.*

Ahora, en cuanto al tema que atañe a esta Sala, señala el numeral 1 de la norma citada que, cualquiera de las partes podrá pedir embargo y secuestro, los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieren en cabeza de la otra.

5. En este caso concreto, pidió la señora **MARÍA OFIR VALENCIA ZAPATA** se realice una partición adicional, soportada en la existencia del bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 294-30373, adquirido en vigencia de la sociedad conyugal y que no hizo parte en su liquidación. Y como se advirtió, en la audiencia de inventario y avalúos, solicitó su asesor judicial el secuestro de la posesión que ostenta el señor **OTONIEL OSORIO OSORIO** sobre dicho bien inmueble, con fundamento en el artículo 593.3 del Código General del Proceso.

Los motivos que fundamentan la partición adicional se encuentran establecidos en el artículo 518 del Código General del Proceso, cuando perentoriamente prescribe: *“Hay lugar a partición adicional cuando aparezcan nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal o patrimonial, o cuando el partidor dejó de adjudicar bienes inventariados (…)”.*

De tal forma que la partición adicional, es aquella accesoria y complementaria a una partición, que se denomina principal; es decir, hace parte de la anterior, por lo que fuerza concluir se enmarca dentro de los procesos de familia a que se refiere el artículo 598 del CGP, en los que se permiten las medidas cautelares de embargo y secuestro.

6. Ahora bien, tal disposición legal, que encuentra su fundamento en la necesidad de proteger el haber social, en su numeral 1 restringe la posibilidad de solicitar las cautelas de los bienes que pueden ser objeto de gananciales, a que estuvieren en cabeza del otro ex cónyuge, lo cual se explica en cuanto a que de no estar en sus haberes, no podrá aducirse se van a distraer; de modo que para esta Sala, resultaría improcedente pedir y decretar tales medidas sobre un elemento patrimonial del cual, si bien hizo parte del haber de la sociedad conyugal, ya no se es titular del mismo.

7. Nótese que en la asunto bajo estudio, se acreditó en el expediente que el bien cuya partición adicional se reclama, fue enajenado por el señor **OTONIEL OSORIO OSORIO** el 24 de agosto de 2016, mediante la escritura pública número 2752, otorgada en la Notaría Única de Dosquebradas, acto registrado al folio de matrícula inmobiliaria número 294-30373. Así se puede apreciar de las copias de dicho instrumento público y del mencionado folio de matrícula inmobiliaria que obran en el expediente (folios 57 al 64 del cuaderno principal).

De manera que como el inmueble perseguido en el proceso no aparece a nombre del demandado, las cautelas a que se refiere el artículo 598 del C.G.P., no son procedentes.

8. Pero, además, clarísimo está que el objeto de la partición adicional es el inmueble ya descrito y el de la cautela es la posesión del mismo que detenta el señor **OTONIEL**, según la petición realizada al juzgado; derechos estos de naturaleza diferente.

El dominio, que se llama también propiedad, se define en el artículo 669 del Código Civil como *“el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”*. Y la posesión, a las voces del artículo 762 es *“es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.”*

9. Siendo así las cosas, y teniendo en cuenta que las medidas cautelares deben recaer sobre el objeto del proceso y en el asunto bajo estudio no ocurre así, erró el funcionario judicial de primer grado al disponer el secuestro de la posesión del inmueble de marras.

10. Ahora, no se puede pasar por alto que, durante la vigencia de la sociedad cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes que le pertenecían al momento de contraer matrimonio, como también la de los que hubiera aportado a él y la de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera (art.1º Ley 28 de 1932); empero, una vez disuelta la sociedad conyugal deviene una comunidad universal integrada por los bienes muebles e inmuebles, los derechos incorporales y las obligaciones que tengan el carácter de sociales, según las prescripciones contenidas al respecto en el capítulo II del título XXII del libro IV del Código Civil. Comunidad distinta de los cónyuges y titular de un patrimonio independiente y autónomo, respecto de éstos y de terceros, sobre el cual ninguno de los consortes, obrando por sí solo, puede ejecutar ningún acto de enajenación sin colocarse en la situación jurídica de quien vende cosa ajena, de cuyo dominio es único titular la sociedad conyugal ilíquida.

11. Aquí ocurrió que el señor **OTONIEL OSORIO OSORIO** adquirió el inmueble objeto del proceso durante la vigencia de la sociedad conyugal, a título oneroso, por lo cual tenía el carácter de social y estando disuelta, por efectos del divorcio, enajenó el mismo a la señora **LINA MARCELA OSORIO MARÍN**. Se insiste por ello, que el inmueble objeto de la partición adicional no está en cabeza del señor **OTONIEL**.

12. Respecto de la venta de cosa ajena, de que trata el artículo 1871 del Código Civil, que señala *“vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida”*, en la Sentencia C-174 de 2001, la Corte Constitucional, expresó que se debe mantener en el ordenamiento jurídico, sin que esta decisión pueda entenderse como el prohijamiento de la conducta punible de quien dolosamente vende lo que no es suyo porque, en tales casos el ordenamiento tiene previstas sanciones, que, además, afectan la validez del contrato – artículos 349, 356, 358 y 365 C.P., 1502 a 1526 C.C. Amén de otras acciones como la de simulación.

13. Bajo el panorama que ahora nos envuelve, ante la claridad del asunto, no podía admitirse la cautela solicitada, lo que conlleva a revocar el auto protestado. Sin condena en costas, por la prosperidad de la alzada (Artículo 365, CGP)

**IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Unitaria Civil Familia de Decisión, **RESUELVE**:

1. **REVOCAR** el auto impugnado.
2. **NO CONDENAR** en costas en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

 Magistrado

1. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código General del Proceso, Tomo I. Parte General. Edición. 2016, DUPRE editores. [↑](#footnote-ref-1)