

# TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

Sala Civil-Familia

Ponente: Jaime Londoño Salazar  
Bogotá D.C., ocho de abril de dos mil veintidós  
Expediente: 25899-31-03-001-2018-00028-01  
(Discutido y aprobado en sesión de 2 de marzo de 2022)

Se decide el recurso de súplica interpuesto por la parte demandante contra el auto de 16 de diciembre pasado -dictado por el magistrado Juan Manuel Dumez Arias- dentro del proceso divisorio iniciado por María Angélica y Javier Mauricio Fajardo Romero en contra de Raúl, Álvaro, María del Carmen, Martha Inés y Reynaldo Fajardo Cifuentes, Margarita Pedroza de Fajardo, Sandra y Henry Fajardo Pedroza, Alexander y Cristian Camilo Fajardo Camacho, y Claudia Constanza Fajardo Álvarez.

## ANTECEDENTES

1. Informa la foliatura -en lo que interesa para decidir- que la causa judicial referenciada arribó a esta corporación con miras a que se tramitara y decidiera el recurso de apelación que la parte demandada promovió contra el auto de 5 de marzo de 2020, mediante el cual el Juzgado 1° Civil del Circuito de Zipaquirá decretó la división *ad-valorem* del predio objeto del litigio.

2. A través de la determinación suplicada el magistrado sustanciador advirtió sobre la imposibilidad de zanjar la aludida alzada, tras encontrar configurada la causal de nulidad prevista en el numeral 5° del artículo 133 del C.G.P.

Al efecto se propuso compendiar las actuaciones relevantes del juicio; puso énfasis en el contenido de las contestaciones y posición esgrimida por los demandados al comparecer al proceso; referenció los argumentos del auto que decretó la división -y los de la negativa para acceder a su adición-; enlistó las reprobaciones que frente a él se expusieron por la pasiva; dio cuenta de la regulación actual del juicio divisorio -en perspectiva con la normatividad anterior-, y recordó sus características y limitaciones, como la posibilidad por vía de interpretación de privilegiar la división material sobre la venta, sin que se vulnere el principio de congruencia.

Con esas bases destacó en el proveído suplicado que aunque los promotores en este asunto pidieron la división *ad-valorem* del inmueble, los restantes comuneros se opusieron reclamando la material, objetando la pericia allegada con la demanda y aportando un nuevo dictamen de valoración del fundo, y que si bien no alegaron la existencia de un pacto de indivisión, no podía el *a-quo* simplemente ignorar las posturas de inconformidad de los condómines convocados, disponiendo la subasta de la cosa, en tanto que era necesario decretar pruebas y convocar a audiencia para su práctica, oportunidad en la debían ser definidas las controversias planteadas.

Dijo así el magistrado sustanciador que la juez omitió que las partes aportaron pruebas y pidieron su decreto para que se abordara el reclamo uniforme de los comuneros demandados en orden a establecer si era viable o no la división material, contexto en el que quedaba configurada la causal advertida -la del numeral 5° del artículo 133 del C.G.P.-, según la cual existe nulidad del proceso “[c]uando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar

*pruebas...*”, lo que daba lugar a decretarla, esto, desde el auto de 5 de marzo de 2020 que decretó la división *ad-valorem*, para que se renovara la actuación, se proferiera una nueva providencia que atendiera el reclamo de los comuneros, y se pronunciara el juez sobre el decreto de las probanzas allegadas y pedidas por las partes, con fijación de audiencia para su práctica y, seguidamente, se volviera a definir el asunto.

3. Al sustentar el recurso de súplica contra la resumida determinación alegaron los demandantes, de modo inaugural, que al dictarse el auto suplicado se pretermitió el trámite de la segunda instancia, de modo que bajo la apariencia de una causal de nulidad inexistente se tramitó el recurso desatendiendo los pasos que establece el artículo 322 del C.G.P., revocándose finalmente el auto apelado con desconocimiento del derecho de defensa y audiencia de la parte actora.

Manifestaron que no existe la nulidad declarada porque las pruebas cuyo decreto y práctica presuntamente se omitió, no son procedentes en el juicio divisorio, donde se requieren únicamente las aportadas con la demanda y su contestación (referentes a la calidad de condueño, al título de propiedad, el certificado de tradición y libertad y el dictamen pericial), denotando que en esas oportunidades no se solicitó la práctica de pruebas por las partes, sin expresar el auto suplicado porque era necesario decretar otros medios en este especial proceso y cuáles eran las extrañadas en relación con la inconformidad de los condómines, confundiéndose así las pruebas de las mejoras reclamadas con las procedentes para esta clase de división.

Mencionaron los recurrentes el contenido del artículo 406 del C.G.P. asegurando que los convocados no soportaron su

oposición a la división *ad-valorem* mediante la aportación del pacto de indivisión, sin que tampoco se propusiera una excepción seria y fundada. Indicaron que la pretensión de división por venta en pública subasta fue la que delimitó el campo de competencia del juez conforme con el principio de congruencia, actuando con esa orientación el *a-quo*, sin que sea posible tramitar ni acoger como excepciones las inconformidades u oposiciones formuladas, menos cuando ello se advirtió en un auto que cobró ejecutoria.

Por otro lado, adujo la censura que las aseveraciones del auto suplicado y la crítica sobre lo que consideró abstención de análisis en cuanto a la procedencia de la división material, comportan una posición parcial y subjetiva, siendo que en últimas se tramitó y decidió el recurso de apelación accediendo a los planteamientos de la apelación, ordenándose *contra legem* proferir una nueva providencia que atienda el reclamo de los comuneros demandados y para que se le dé prevalencia a la división material, como que tampoco la convocatoria a audiencia era viable ante la inexistencia del pacto de indivisión. Así, se reclamó la revocatoria del decreto de nulidad para que, en su lugar, se tramite la alzada pendiente.

3. En su oportunidad la parte demandada replicó los motivos del recurso expresando, en suma, que la nulidad no es aparente sino real, enmarcada dentro del control de legalidad que le incumbe hacer al juez; que si la decisión del tribunal equivale a la revocatoria del auto apelado ésta no sería susceptible de súplica; que las pruebas referidas por la actora no son las únicas que caben en el juico divisorio y que, en todo caso, sí se aportaron y se solicitaron con la contestación las documentales que demostraban la viabilidad de la división material propuesta; que el despacho *a-quo* en verdad hizo caso omiso de esos elementos de convicción,

relevándose de abrir el proceso a pruebas como si no hubiese existido ninguna oposición; que si bien no se pueden en el divisorio proponer excepciones de fondo, no impide ello que los demandados puedan trabar el litigio con oposición a la pretensión *ad-valorem*; y que la determinación cuestionada no evidencia ninguna ambigüedad o imprecisión.

### CONSIDERACIONES

a.- Acorde con la previsión del artículo 331 del C.G.P. la decisión combatida es pasible de examen por vía del recurso de súplica, comoquiera que se trata de aquélla que resolvió decretar en esta sede la nulidad parcial del proceso, determinación que por su naturaleza sería apelable al tenor del numeral 6° del artículo 321 de tal codificación.

b.- Precisado lo anterior y con la finalidad de desatar la censura propuesta hay lugar a recordar que en materia de nulidades dispuso el legislador un régimen que tiene como fundamento basilar los principios de taxatividad y saneabilidad, el primero de los cuales se proyecta en dos dimensiones: de un lado, impone que la interpretación sobre la eventual configuración de nulidades procesales sea restrictiva, y, de otro, asegura que el juez sólo pueda anular las actuaciones por las causales expresamente señaladas en la normatividad adjetiva.

Entre tanto, también en dos caminos se manifiesta el segundo de los comentados principios, bajo la idea de que las irregularidades que afecten de manera ostensible el trámite por desconocimiento de reglas adjetivas básicas, *v. gr.*, por la falta de jurisdicción o competencia del juez -en sus factores objetivo y funcional-, por proceder contra providencia ejecutoriada del

superior, revivir un proceso legalmente concluido y pretermitir íntegramente la instancia, son motivos esencialmente insaneables, mientras que pueden darse otros vicios de menor entidad que aunque *prima facie* darían lugar a anular el proceso, pudieron ser rectificadas mediante otros instrumentos o fueron ignorados por las partes, lo que les impregna el carácter de saneables o convalidados.

c.- Sin perder de vista las premisas generales anotadas, se propuso esta sala de decisión revisar las actuaciones *sub-júdice*, hallando prontamente que si bien las argumentaciones esgrimidas en el auto suplicado se ajustan a la naturaleza, alcance y finalidades del juicio divisorio, habiendo sido orientadas a satisfacer las garantías de los comuneros, lo cierto es que las proposiciones fácticas específicas que apuntaron a evidenciar la eventual desatención de la juez, en cuanto omitió presuntamente oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, no alcanzan a ser subsumidas exitosamente en la causal de nulidad establecida en el numeral 5° del artículo 133 del C.G.P.

Desde luego, es válida la discusión en cuanto a la hermenéutica que cabe dispensar sobre el artículo 409 de dicho estatuto procesal, en orden a entender que la existencia de un pacto de indivisión no es la única herramienta que tiene a su alcance la parte demandada como mecanismo de defensa contra la pretensión divisoria, aunado a que es ciertamente relativa la aplicación del principio de congruencia en litigios de este linaje, de suerte que el o los comuneros convocados a juicio pueden oponerse invocando otras defensas, aparejando las probanzas que sustenten su alegación, para ser estudiadas en la debida oportunidad.

Mas lo que no se encuentra factible de inferir en este asunto es que la réplica de los comuneros convocados de suyo suponía necesariamente la variación del trámite, para imponer de modo forzoso la realización de una audiencia en pos de decretar y practicar otros medios de convicción, actuación que la codificación procesal no contempla, resultando así infirmada la circunstancia que conforme con la providencia hoy censurada daba paso a la nulidad. Tanto más lo anterior si en la cuenta se tiene que, pese a la discrepancia sobre los criterios que derivan de la norma 409 citada, al dictar la juez *a-quo* el auto decretando la división pedida, actuó asignado la consecuencia jurídica a la hipótesis de inexistencia de un pacto de indivisión.

Claro, aunque la lectura así efectuada fuera también debatible, no puede pasarse por alto otra situación trascendente para los efectos del decreto o no de la nulidad, y es que la funcionaria judicial de la primera instancia, advirtió en dos ocasiones, tras extrañar la alegación en torno a un pacto de indivisión, que no tendría en cuenta las defensas propuestas por los comuneros convocados (autos de 9 de julio de 2018 y 4 de abril de 2019), determinación que por supuesto implicaba la negativa sobre los medios de prueba que al respecto se hubieran podido solicitar, sin que frente a esa puntual postura los demandados hubieran expresado desacuerdo en función de algún motivo de nulidad de procesal.

Es decir, la parte pasiva se sustrajo de suscitar un debate específico sobre el eventual cercenamiento de una oportunidad procesal de carácter probatorio, derivado de la desestimación preliminar de sus defensas, habiendo actuado con posterioridad en el juicio, alegando sí la desestimación de su reclamo informa sobre la viabilidad de la división material, empero, sin ubicar ello en el

plano de una deficiencia o irregularidad que supusiera la nulidad de la actuación, contexto en el cual sin remedio deben prevalecer los fenómenos de convalidación y saneamiento, todo lo más si con ellos se garantizan otros principios superiores como a la tutela jurisdiccional efectiva a través de un debido proceso de duración razonable (artículo 2° del C.G.P.) y la efectividad del derecho sustancial (artículo 11 *ibid.*).

Con todo, hay lugar a señalar que parte de los planteamientos que se esbozaron en esta sede para decretar la nulidad del proceso, esto es, los relativos a la desatención sobre el pedido de los demandados con el propósito de que se analizara la posibilidad de división material en esta causa judicial, guardan derecha relación con aquello que constituyó el sustento del recurso de apelación que se enfiló contra el auto de 5 de marzo de 2020 mediante el cual se decretó la división *ad-valorem* del bien. Luego, al ser ello así, considera esta Sala que correspondía proveer sobre esa temática resolviendo el recurso de apelación, razón de más para concluir que la providencia suplicada debe ser revocada.

d.- Conclúyase entonces que se accederá al recurso de súplica, revocando la decisión impugnada, para que en su lugar el proceso continúe su curso.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, esta Sala Dual del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, resuelve, revocar el auto de fecha y procedencia anotadas.

Por secretaría devuélvase la actuación al ponente para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jaime', with a long horizontal stroke extending to the right.

JAIME LONDOÑO SALAZAR

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Germán', with a long horizontal stroke extending to the right.

GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ