

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA**
SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá, D.C., junio treinta de dos mil veintidós.

Clase de Proceso : Divisorio.
Radicación : No. 25899-31-03-001-2018-00028-01.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto proferido el 5 de marzo de 2020 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá, que decretó la división ad-valorem del inmueble objeto de la litis.

ANTECEDENTES

1. María Angélica y Javier Fajardo Romero formularon demanda contra Cristian Camilo, Henry, Reinaldo, Raúl, Álvaro, María del Carmen, Claudia Constanza, Sandra y Alexander Fajardo, pretendiendo la división del inmueble “El Salvio”, ubicado en la vereda Cerca de Piedra del municipio de Chía, identificado con la matrícula No. 50N-20293262.

Adujeron que el inmueble de 1 hectárea y 1077 mts², se encuentra ocupado por los demandados Álvaro y María del Carmen Fajardo Cifuentes, sin su consentimiento ni autorización; que al tener diez copropietarios no puede ser objeto de división material, pues desatendería el POT de Chía, según dos conceptos emitidos como norma urbanística por el Departamento Administrativo de Planeación de Chía con base en el POT, Acuerdo 100 de 2016.

Que se citó a los comuneros a una reunión para ofrecerles la venta de sus cuotas parte, pero no hubo interés, y como no están ellos obligados a permanecer en indivisión, piden la venta del bien, conforme al avalúo que con su demanda aportan.

Enterados debidamente Margarita Pedroza de Fajardo, Henry Fajardo Pedroza, Alexander y Cristian Camilo Fajardo Camacho, contestaron en un mismo escrito aceptando unos hechos y negando otros. Se opusieron a la pretensión aduciendo que conforme al artículo 406 del C.G.P., si en el proceso se acredita que es viable la división material del inmueble objeto de reclamo, debía a ella procederse y no a la venta.

Y que conforme a la regulación del POT del municipio de Chía la división material sería viable siguiendo el procedimiento establecido para la legalización de los asentamientos humanos, como se les hizo saber a los demandantes en carta que les fue enviada en febrero 25 de 2018, sin que los derechos de los comuneros desmerezcan.

Como excepción de mérito, propusieron la de “falta de fundamento legal de la división ad-valorem” y dijeron objetar el avalúo aportado con la demanda, porque el valor del metro cuadrado en el avalúo presentado con la demanda excede el promedio del que tiene los predios en la zona, además de aportar otro dictamen realizado por la firma ACV Arquitectura, Consultoría y Valuación y solicitar que se oficie a la Dirección de Urbanismo del Departamento Administrativo de Planeación de Chía para que conceptúe sobre la viabilidad de que el predio en cuestión se someta al proceso de legalización de asentamientos humanos.

A través del mismo apoderado, el demandado Álvaro Fajardo Cifuentes contestó la demanda en similares términos de los anteriores demandados, agregando la excepción de mérito que denominó “procedencia de la división material prevista como regla general en el artículo 407 del C.G.P.” e igualmente reclamó que se le reconocieran las mejoras realizadas al predio

“relacionadas y valoradas en la página 36 del avalúo pericial realizado por la firma ACV Arquitectura, Consultoría y Valuación, como casa 2, casa 3 y casa 4”, a las que asignó un valor total de \$540.212.500.00, que afirmó fueron levantadas con su propio peculio, ya sea por el comunero a quien se le adjudique el lote en donde se encuentran levantadas cada una de ellas, o bien que al decretarse la venta del inmueble, con el producto de la misma se cubra su valor.

Asimismo, objetó el avalúo allegado por los demandantes con similares argumentos a los expuestos por los otros demandados y aludió al peritaje por aquellos aportado, que pidió se considerara como prueba, reiterando las solicitudes de pruebas elevadas por aquellos.

Por último, María del Carmen, Raúl, Reynaldo Fajardo Cifuentes, Claudia Constanza Fajardo Álvarez y Sandra Fajardo Pedroza contestaron a la demanda en los mismos términos y a través del mismo profesional del derecho.

Es decir, que los ocho copropietarios demandados se opusieron a la venta del inmueble objeto de y pidieron que la división se hiciera materialmente, pues aducen que ello sería viable atendiendo a la regulación aplicable del municipio de Chía.

En auto del 4 de abril de 2019 se tuvo por contestada la demanda, advirtiendo que no se tendrían en cuenta las excepciones formuladas por no haberse alegado pacto de indivisión, corriendo además traslado de las mejoras reclamadas por el señor Álvaro.

2. El auto apelado

Se decretó entonces la división ad-valorem del predio objeto de la litis, reiterando que en los trámites de esta naturaleza no era procedente la proposición de excepciones de mérito.

De otro lado, indicó que el señor Fajardo Cifuentes no había especificado ni individualizado las mejoras pretendidas, ni había aportado un dictamen pericial que las acreditara, mencionando de manera genérica su realización, sin demostrar que éstas se efectuaron por su cuenta.

3. La apelación

Inconforme con la decisión, la parte demandada formuló recurso de apelación, aduciendo que había una falta de congruencia entre las consideraciones y la parte resolutive de la decisión, comoquiera que inicialmente se indicó que se podrían proponer excepciones de mérito y finalmente se omitió que los demandados se opusieron a la subasta del bien, absteniéndose de analizar si era procedente la división material que solicitaron.

Que aunque es cierto que el comunero Álvaro Fajardo Cifuentes no aportó dictamen pericial específico sobre las mejoras realizadas, sí pidió que se tuviera en cuenta el dictamen pericial que allegaron los demás demandados, solicitando pruebas testimoniales e interrogatorios que el juez no decretó.

En escrito separado, se pidió adicionar el auto recurrido, para que la jueza se pronunciara sobre la solicitud de división material que se propuso como alternativa a la venta al contestar la demanda, que se consideraba de necesaria definición no obstante la limitación de la norma procesal sobre la formulación de excepciones de mérito distintas a la existencia de un pacto de indivisión.

Pero ello fue negado en auto del 22 de abril de 2021, estimando la a-quo que no se había omitido resolver sobre los extremos de las litis, que en autos de 9 de julio de 2018 y 4 de abril de 2019 se dispuso no tener en cuenta las excepciones de mérito formuladas por improcedentes, decisiones que cobraron ejecutoria, tras lo que concedió la apelación.

CONSIDERACIONES

1. Debe iniciarse recordando que el artículo 2322 del Código Civil califica de cuasicontrato la comunidad de dos o más personas sobre una cosa singular o universal sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado convención al respecto. Los comuneros, señala la jurisprudencia, mientras dure la comunidad no tienen individualmente la propiedad de ningún cuerpo cierto de aquellos que la componen, tienen cuotas o derechos de copropiedad, propiedad común pero no propiedad propiamente dicha o dominio exclusivo. (C.S.J., sentencia julio 17 de 1974 Cas. Civ.).

La comunidad termina, entre otras causales, por la división del haber común (art. 2340 numeral 3° C.C.), pues la ley sustancial dispone que ningún comunero de cosa singular o universal está obligado a permanecer en indivisión (art. 1374 Ib.); el artículo 406 del C.G.P., legitima en causa a cualquiera de los comuneros para demandar la división material o la venta de la cosa sobre la cual recae la comunidad.

La norma procesal citada impone la necesidad de que se pruebe “que demandante y demandado son condueños” en la cosa cuya división se persigue y, de tratarse de bienes sujetos a registro, que se aporte certificado del registro de instrumentos públicos, sobre la situación jurídica del bien, que comprenda de ser posible un período de 10 años.

Ahora bien, un paralelo entre el artículo 470 del Código de Procedimiento Civil y el 409 del Código General del Proceso, evidencia que la anterior legislación preveía distintas hipótesis de defensa del comunero demandado dentro del proceso divisorio, admitiendo sin limitación alguna la posibilidad de proponer excepciones previas, de mérito y la mera oposición a la demanda, lo que determinaba, a su vez, el resto del trámite, es decir, si se decretaba la división de plano o se daba trámite a los medios de defensa y se practicaban las respectivas pruebas.

En contraste, la lectura de la norma vigente refleja que la intención del legislador fue simplificar el trámite del proceso divisorio, por lo cual dispuso que, una vez surtido el término de traslado, el demandado tiene la opción de aportar otro dictamen, solicitar la convocatoria del perito a audiencia o alegar pacto de indivisión. En caso contrario, se entiende que el juez debe decretar la división o venta solicitada.

Establece la norma que: “si el demandado no está de acuerdo con el dictamen, podrá aportar otro o solicitar la convocatoria del perito a audiencia para interrogarlo. Si el demandado no alega pacto de indivisión en la contestación de la demanda, el juez decretará, por medio de auto, la división o la venta solicitada, según corresponda; en caso contrario, convocará a audiencia y en ella decidirá.

Los motivos que configuren excepciones previas se deberán alegar por medio del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda”.

Esa nueva regulación que terminó con un diseño de un trámite expedito que se explica desde la naturaleza misma de esta pretensión, pues la oposición a la misma “prima facie” solo podrá fundarse en la existencia de un pacto de indivisión, ante la prerrogativa del artículo 1374 del C.C., pues el demandado puede “proponer como hecho exceptivo perentorio temporal la existencia de un pacto de indivisión vinculante, que es una de las limitadas defensas de fondo esgrimibles”, las cuales se contraen a circunstancias como las de “exigibilidad antes del plazo en el caso de pacto de indivisión, cosa juzgada o división material anterior de común acuerdo”¹, lo cual se explica en razón del interés del ordenamiento jurídico porque no existan propiedades en común y proindiviso.

Así lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia, al sostener que cuando la defensa del comunero demandado se edifica exclusivamente en hechos que no encajan en el pacto de

¹ Ibid., pág. 408.

indivisión, el proceder del juez debe ser decretar la división o venta, sin que ello pueda ser considerado arbitrario.

Señalando la Corte que “si bien, por regla general las protestas elevadas por los contradictores en el curso de los “procesos” implica[n] la existencia de un espacio para acreditarlas, el legislador en el margen de su configuración “legislativa” puede suprimirlo, como acontece en este caso, en donde no hay un período destinado a debatir la renuencia de los “opositores” a la “división”².

Esa limitación, no obstante, no es caprichosa, sino que obedece a la naturaleza de la acción divisoria, “por cuanto la única restricción impuesta por la ley al “comunero” a fin de exigir la partición es la celebración entre ellos de un convenio de “indivisión”, ya que a tono con el principio consagrado en el artículo 1374 del Código Civil “la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse, con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario”³.

2. La solución de la alzada.

Atendiendo que al resolverse el recurso de súplica propuesto contra el auto de diciembre 16 de 2021 emitido por el suscrito magistrado que había considerado que en el caso se configuraba una nulidad procesal, la Sala dual al revocar la decisión suplicada, auto del 8 de abril de 2022, asumió que cualquier reclamo de nulidad había de entenderse saneado en cuanto el a-quo advirtió al extremo demandado en dos oportunidades, autos de 9 de julio de 2018 y 4 de abril de 2019, que no tendría en cuenta sus defensas y que esa determinación “por supuesto implicaba la negativa sobre los medios de prueba que al respecto hubieren podido solicitar, sin que frente a esa puntual postura los demandados hubieran expresado desacuerdo en función de algún motivo puntual de nulidad procesal”.

Debe entonces considerarse, para no proceder contra providencia ejecutoriada del superior, que no es atendible oír ninguna controversia de los demandados frente al tipo de división decretada porque no excepcionaron aquellos la existencia de un pacto de indivisión y que, como se les advirtió por el a-quo, sin que hubiese controversia de su parte, no se atendería su reclamo de pruebas.

Y en lo que corresponde al reparo del extremo apelante porque no se atendió el reclamo de mejoras, tampoco se abre paso, pues conforme lo dispuesto en el artículo 412 del Código General del proceso, el comunero que pretenda el reconocimiento y pago de las mejoras que hubiere realizado en la cosa común, debe reclamarlo en la demanda o en la contestación, estimándolas bajo la gravedad del juramento de acuerdo con lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso y acompañando un dictamen pericial para acreditar su valor, comportamiento procesal que el comunero Álvaro Fajardo Cifuentes no observó pues ni aportó un dictamen específico en tal propósito y por ende no individualizó las mejoras pretendidas, como lo advirtió al jueza de instancia sin que pueda considerarse suficiente para suplir esa falencia la remisión al dictamen pericial que trajeron los otros comuneros demandados, que alude haber efectuado el demandado, por no cumplir con todas las exigencias que le impone la norma citada al reclamante de mejoras.

Siendo así las cosas, la decisión apelada será confirmada pues se aviene al trámite expedito que diseño el legislador para este tipo de procesos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia.

RESUELVE

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC 6137-2018 del 10 de mayo de 2018. Radicación No. 11001-02-03-000-2018-01187-00. M. P.: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

³ *Ibíd.*, pág. 4.

CONFIRMAR el auto de proferido el 5 de marzo de 2020 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá que decretó la división ad-valorem del predio objeto de la litis.

Costas a cargo del recurrente, líquidense por el a-quo considerando como agencias en derecho la suma de \$1'000.000.00.

Notifíquese y devuélvase,



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Magistrado