

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C., marzo dieciséis de dos mil veintiuno.

Magistrado Ponente : **JUAN MANUEL DUMEZARIAS**
Radicación : 25875-31-03-001-2018-00116-01
Aprobado : Sala 05 de marzo 04 de 2021

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 15 de julio de 2020, proferida por el juzgado civil del circuito de Villeta, que ordenó continuar la ejecución.

ANTECEDENTES

1. Eulises Flórez Bohórquez, demandó en proceso ejecutivo singular a sus hermanos Edilberto, Néstor Alirio, Guillermo y Ramiro Flórez Bohórquez, con el objeto de obtener el pago de la suma de doscientos millones de pesos, (\$200.000.000), correspondientes al valor de la compensación convenida en la cláusula tercera de la escritura No. 133 del 22 de febrero de 2017, junto con los intereses moratorios sobre el capital, desde cuando la obligación se hizo exigible y hasta cuando se verifique su pago.

2. Relata que ante la notaría única de Villeta se llevó a cabo la liquidación de la herencia de su causante padre Cruz Flórez Rojas que concluyó con la protocolización del trabajo de partición y adjudicación de los bienes en la escritura pública No. 028 del 21 de enero del 2011, aclarada mediante la escritura No. 0062 del 3 de febrero del mismo año, trabajo en el que se hicieron las adjudicaciones en común y proindiviso a la cónyuge superviviente y los cinco hijos, sobre los bienes que constituyeron el activo herencial.

Posteriormente, mediante escritura pública No. 0133 del 22 de febrero del 2017 otorgada en la notaría única de Villeta, los entonces condóminos Isabel Bohórquez de Flórez cónyuge sobreviviente y sus cinco hijos, acá demandante y demandados, terminaron la comunidad surgida del trabajo de partición, repartiendo entre ellos los bienes objeto de la copropiedad, realizando las respectivas adjudicaciones.

A sus demandados hermanos les correspondió el lote de terreno rural denominado Salitre Blanco, de mayor extensión y valor, ubicado en la vereda del mismo nombre municipio de Villeta, y al demandante el predio rural denominado LOT ubicado en la vereda La Masata de la misma municipalidad, que tenía menor extensión y un valor inferior al derecho que le correspondía.

Por lo que, en razón a las mencionadas diferencias en las asignaciones y con el propósito de compensar el derecho de Eulises Flórez Bohórquez, sus hermanos Edilberto, Néstor Alirio, Guillermo y Ramiro Flórez Bohórquez, en la cláusula tercera de la escritura pública de división, le reconocieron la suma de doscientos millones de pesos (\$200.000.000.00) y se comprometieron a pagársela el día 22 de febrero del 2018.

Pero vencido el plazo no realizaron el pago y tampoco comparecieron el 22 de febrero de 2018 a la notaría a para dar cumplimiento a lo pactado, de lo que él dejó constancia en el acta notarial, habilitándolo para iniciar su cobro ejecutivo, dado que el documento donde se encuentra pactada la obligación reúne las exigencias del título ejecutivo.

3. Trámite.

La demandada fue admitida el 18 de julio de 2018¹ y notificados los demandados Néstor Alirio, Ramiro y Edilberto Flórez Bohórquez, a través del mismo apoderado se opusieron a las pretensiones y propusieron las excepciones de:

(i) Inexigibilidad de la obligación por nulidad absoluta del acto jurídico fuente de la obligación (partición solemnizada en la escritura pública No. 0133 del 22 de febrero de 2017). a.) Pues el acto de partición está afectado de objeto ilícito por omitir el señalamiento del valor de los bienes inmuebles, por lo menos el convencional que no puede ser inferior al catastral, pues las normas imperativas así lo exigen y su señalamiento permite determinar si hubo o no desproporción en las prestaciones, pues contra el acto partitivo procede la rescisión por lesión enorme. b.) Por desconocer las tarifas notariales y registrales, pues al no darse un valor a los inmuebles objeto de la partición, aquellos derechos no se cancelaron, desconociéndose la normativa imperante que rige la materia. c) Porque tampoco se canceló con la escritura los derechos de retención en la fuente y ganancia ocasional, como lo señala en el último folio el acto notarial.

Considera el accionante que habría nulidad absoluta por el incumplimiento de las formalidades establecidas en la ley sustancial, pues conforme al artículo 1500 del C.C., la división de bienes es un negocio solmene y que debe éste observar los mismos requisitos que la división de bienes herenciales, conforme lo dispone el artículo 2335 del C.C., requiriéndose entonces de la elaboración de un inventario y avalúo de los bienes inmuebles que integran la comunidad, que a la vez permita establecer la equidad de la partición.

ii. Nulidad formal de la escritura contentiva del trabajo de partición por omitir requisitos esenciales. Afirma que se configuraría la nulidad porque al suscribirse el acto de partición no se cumplió el requisito de aceptación de lo en ella convenido, pues lo pactado en la cláusula 5 numerales 3 y 4 no corresponde a lo querido o real intención de los contratantes. Ar.99 numeral 3 del decreto 960 de 1970.

(ii) Inexigibilidad de la obligación por nulidad relativa del acto jurídico fuente de la obligación. Dado que los demandados estaban convencidos que la obligación de pagar los \$200.000.000.oo, surgía única y exclusivamente cuando vendieran el inmueble, y aunque se comprometieron a realizar la venta dentro del año siguiente no pudieron hacerlo; sin embargo, nunca quisieron que al vencimiento de ese plazo se hiciese exigible la obligación dineraria, pensaron que podía pactarse un plazo único, puro y simple que les permitiera enajenar el inmueble, además, que ellos recibieron unos derechos de cuota inferiores a la mitad del derecho recibido por el ejecutante, lo que configura una lesión enorme.

(iii) Inexistencia de la obligación por no haberse probado el cumplimiento de la condición suspensiva. Pues la ejecución de una obligación sometida a una condición suspensiva, exige acreditar con la demanda su cumplimiento. No siendo cierto que la obligación esté sometida únicamente a un plazo que venció el día 22 de febrero de 2018, pues de las estipulaciones contractuales aflora que la intención de las partes fue someter el nacimiento de la obligación a la condición de que los demandados vendieran el inmueble para con su producto pagar la suma acordada. La obligación entonces nacía en el preciso momento en que se realizara la venta y la venta no se pudo realizar, porque el bien presenta problemas de remoción en masa, se ha celebrado un contrato por diez años para la instalación de una torre de telecomunicaciones y tiene inscrita una demanda de declaración de pertenencia desde el año 2016.

(iv) Inexistencia de la obligación por haberse pactado una condición suspensiva, que, al no cumplirse, resultó fallida.

¹ Fl. 38 C. 1

(v) Buena Fe exenta de culpa. Pues los demandados han actuado con lealtad en la negociación realizada con el ejecutante, fue su intención que con la venta del inmueble se le pagaría los \$200.000.00.00 de pesos, han intentado vender el inmueble y lo siguen tratando de hacer, sin existir, porque el bien tiene una inscripción de demanda de un proceso de pertenencia, está ubicado en un espacio que tiene una falla geológica y tiene un contrato de 10 años por la instalación de una torre de telecomunicaciones.

vi. Inexistencia de título ejecutivo por ausencia de obligación clara, expresa y exigible. Pues no es la obligación clara, porque existe confusión, ambigüedad y contradicción de la lectura de las cláusulas 5ª, numeral 3º y 4º del acto partitivo, necesitándose esfuerzos interpretativos para establecer el momento en que debe cumplir con el pago de la suma de \$200.000.000.00, pues el dinero debía provenir de la venta del bien inmueble adjudicado a los obligados. No es expresa porque deben hacerse definiciones, presunciones, deducciones y razonamientos mentales para entender cuando, como y donde debía cumplirse y de donde debía salir el dinero para cumplirla si no se efectuaba la venta y no es exigible porque está sometida a un hecho futuro e incierto de vender dentro del año siguiente un inmueble².

El demandado Guillermo Flórez Bohórquez, una vez notificado,³ a través del mismo apoderado contestó la demanda en iguales términos a los de sus hermanos⁴.

El actor recorrió traslado de las excepciones señalando que la escritura reúne las exigencias legales, cumple lo normado en el Decreto 960 de 1970 y el objeto de la distribución del activo común es la individualización del derecho de cada comunero que es perfectamente lícito.

Que no hay una nulidad absoluta del acto jurídico pues la liquidación de comunidad en ella contenida es la individualización de los derechos de cada comunero sobre una pluralidad de bienes de propiedad compartida; y al no efectuarse la partición material del haber común, se acordó la adjudicación por unidades (bienes completos) sin fraccionarlos, y la falta de uniformidad en el valor de los mismos condujo al pacto de unas compensaciones que son el objeto de la obligación ejecutada.

Para la liquidación de la escritura se aplicó la tarifa entonces vigente y no se omitió ningún requisito esencial, su objeto es lícito y su causa también, los comparecientes tienen la capacidad de disponer del derecho y de las obligaciones pactadas en el texto escriturario, el cumplimiento de la obligación fue pactado a un plazo y no a una condición. La obligación es expresa, clara y exigible, la liquidación de la comunidad se efectuó de buena fe y el consentimiento está exento de vicios.

El proceso se suspendió por 60 días, a petición de los extremos⁵, vencido el término se reanudó con las audiencias correspondientes, se recepcionaron los interrogatorios de las partes, los testimonios pedidos y se adosaron las documentales aportadas; surtida la etapa probatoria se corrió traslado para alegar y se pasó al proferimiento del fallo.

4. La sentencia apelada.

La jueza declaró imprósperas las excepciones y dispuso continuar la ejecución en los términos del mandamiento de pago librado. Consideró que en el acuerdo recogido en la escritura No. 133 del 22 de febrero de 2017 de la notaría única de Villeta, que terminaba una comunidad, en sus cláusulas consagraba la obligación de los cuatro hermanos demandados de pagar a su hermano demandante la suma de \$200.000.000.00 de pesos, con la venta de un inmueble y a más tardar en el término de un año, contado desde la realización del acto liquidatorio.

² Fl 118 a 140 C.1.

³ FL 143 C.1.

⁴ Fl 144 a 162 C. 1

⁵ Fl 199 C. 1

Y como las excepciones se dirigían a señalar que ese acto escritural estaba viciado de nulidad, procedió a su estudio y encontró que el mismo reunía los requisitos legales, no estaba afectado de nulidad absoluta, no se evidenciaba el invocado objeto ilícito, ninguno de los motivos que lo generaban, el convenio se sujetaba a todas las formalidades legales, no existía norma que impidiera a los comuneros ponerse de acuerdo para terminar la comunidad y el acto divisorio había sido inscrito en los folios de matrícula inmobiliaria.

No aplicable al caso encontró la invocada obligación de observar en el trabajo de división atacado las reglas que rigen la partición y, con ello, que debiera realizarse una valoración de los bienes objeto de la división, dada la facultad de los individuos de disponer de sus bienes. Afirmó que hubo de haberse realizado entre los herederos y el propio notario una labor volitiva de estimación pecuniaria de sus derechos para poder establecer cómo se distribuían los bienes y que le correspondía a cada quien.

Tampoco encontró probada la nulidad por vicios del consentimiento, pues los testigos Ana Beatriz Góngora Acero y Fernando Sánchez no hicieron referencia sobre el consentimiento expresado en la negociación recogida en la escritura pública No. 0133 del 22 de febrero de 2017, que sus dichos correspondían a lo que le contaron los demandados y comentarios de la vereda.

Descartó que la obligación de pagar al actor la suma acá reclamada sólo surgiría una vez se realizara la venta de la finca Salitre Blanco, tras considerar que en los interrogatorios ninguno de ellos desconoció que estuvo presente al momento de la suscripción del documento y lo que se consignó en el acápite de otorgamiento y autorización, las advertencias sobre las formalidades de rigor, que ellos leyeron su contenido y así lo suscribieron; que así lo narró el notario en su declaración, testimonio que si bien fue tachado por el demandado era su relato atendible, no se avizoraba sesgo ni duda al describir lo que realmente ocurrió en la suscripción de la escritura.

Desestimó una lesión enorme en la partición realizada, pues ninguna prueba obraba al respecto, ni los demandados al declarar había hecho alusión a que los valores dados a los predios hubieran sido exagerados o les estuvieran causando algún tipo de lesión.

Pasando al estudio del título, encontró claro que en la escritura allegada se acordó reconocer y pagar al demandante la suma de doscientos millones de pesos, con el producto de la venta del inmueble, o en un plazo que no podría ser mayor de un año contado a partir de la fecha de su suscripción; descartando con ello la excepción de que no hay exigibilidad de la obligación porque no se ha cumplido la condición a la que estaba sujeta.

Citando los artículos 1530 y 1536 del C.C., señala que se pactó condición y un plazo que no podía ser superior al año al día de suscribir el acuerdo, 16 de febrero de 2018, y que vencido el mismo, habiéndose o no cumplido la condición de vender el predio Salitre Blanco, surgía la obligación de pagar la suma acordada, así no fuese ya con el producto de la venta.

Concluyó que el documento soporte de la ejecución, contiene una obligación clara expresa y exigible y, como no había sido pagada, podía el acreedor iniciar la ejecución.

5. La apelación.

Los demandados dicen estar en total desacuerdo con la sentencia, señalan que sus excepciones soportadas en que el acto está afectado de nulidad absoluta, por recaer en objeto ilícito y contrariar las formalidades legales, son asuntos de mero derecho, que se evidencian con la sola observancia del acto jurídico que recoge la división y el texto legal; que no pueden los elementos esenciales del negocio jurídico de partición de la copropiedad, como el expresar el valor de los bienes, acreditarse a través de otros medios de prueba, pues debían quedar consignados en su

texto y no era admisibles las declaraciones de las partes y el testigo, de que se hizo una estimación pecuniaria para determinar el valor a pagar, pues no quedó ello consignado en el acto.

Que la partición documento base de ejecución, desconoce normas jurídicas imperativas que no pueden variarse por acuerdos privados, porque si como lo señala el artículo 2335 del C.C., las reglas de la partición de la comunidad son las mismas que rigen la partición sucesoral, artículos 1310, 1391 a 1394 del C.C. y artículo 501 a 508 del C.G.P., debía la escritura emitida contener una diligencia de inventarios y avalúos, que conllevara una valoración de los bienes, estimación que es la que permite que ese acto pueda ser atacado por lesión enorme y si no aparece en él, queda afectado de nulidad, así se hubiera inscrito en el registro.

Asimismo, que la falta de valoración de los bienes haría que, por un acuerdo entre las partes, se desconociera el pago de las tarifas notariales, artículo 218 y s.s. del Decreto 960 de 1970, el artículo 2, 16 literal f y 3, del Decreto 0188 del 12 de febrero de 2013 y la Resolución 451 del 20 de enero de 2017 (vigente para la época); así como la de inscripción de actos jurídicos en los folios de matrícula inmobiliaria de la oficina de registro de instrumentos públicos, que impone el artículo 74 de la Ley 1579 de 2012 y la Resolución 450 de 20 de enero de 2017.

Que también se desconocen las normas imperativas tributarias que regulan la retención en la fuente y el impuesto a la ganancia ocasional, pues en el propio acto escritural se señala que no se pagó ningún dinero por dicho concepto y ese acto, que es de transferencia de dominio, es un hecho gravable al tenor de lo normado en el artículo 388 del Estatuto Tributario; así como puede generar el pago de impuesto a la ganancia ocasional, consagrado en el artículo 102 de la Ley 1607 de 2012.

Que la escritura está afectada de nulidad relativa por vicios del consentimiento, porque la declaración de las partes y lo plasmado en los documentos allegados, debía haber generado en el juzgador la convicción de que hubo el vicio de error, que los demandados entendieron que el pago de los doscientos millones de pesos sólo se impondría una vez realizada la venta del inmueble, que los comparecientes debieron prestar aprobación al texto del documento y si bien en la escritura dice que se leyó y estuvieron de acuerdo, al declarar manifestaron que se hizo la lectura, pero que siempre se creyó que el valor a pagar nacía o provenía de la venta del predio.

Insisten en negar el carácter ejecutivo del título invocado pues afirman que contiene una obligación sujeta a una condición suspensiva cuyo cumplimiento no se ha sido probado, la venta del inmueble para con ello pagar la obligación, y si bien se estableció un plazo, la condición no se ha cumplido como lo declararon los demandados y lo confesó el actor, al afirmar que el dinero debía ser pagado “vendíéndose o no se vendiese el predio”, y por ello la misma debe considerarse fallida conforme lo regula el artículo 1539 del C.C.

Por último aducen que “la obligación, no es clara, expresa ni exigible, en la medida que atendiendo a la real voluntad o genuina voluntad de los contratantes, estos siempre entendieron que el pago provenía era de la venta del inmueble y aunque quedó allí un término de un año, siempre han pensado y siempre han obrado de buena fe, para poder vender y sufragar la obligación, además porque son personas que no tienen ingresos mensuales que permitan sumar este valor de doscientos millones de pesos y por eso siempre han estado convencidos, que el valor siempre proviene o sale de la venta de la finca”.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 422 del Código General del Proceso señala que: “Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él (...)”, es así como se establece los requisitos que debe cumplir un documento para considerarlo título ejecutivo.

El cobro forzado de estas obligaciones se hace a través del proceso ejecutivo, herramienta procesal mediante la cual se autoriza el ejercicio libre y eficaz de los derechos sustanciales contenidos en el título, que al cumplir con los presupuestos, autoriza al juez, conforme al artículo 430 del Código General del Proceso, a librar mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuera procedente, o en la que aquel considere legal; todo ello con el objeto de satisfacer el derecho del acreedor cuyo deudor le ha faltado a su compromiso.

2. La solución de alzada.

Para resolver la apelación dando respuesta a los reparos del recurrente, en los que se incluye el denegar el carácter ejecutivo del título invocado, porque contiene una obligación cuya exigibilidad está sujeta a una condición suspensiva cuyo cumplimiento no ha sido probado, la venta del inmueble “Salitre Blanco” para con ello pagar la obligación, que si bien se estableció un plazo, la condición no se ha cumplido como lo declararon los demandados y lo confesó el actor, que el dinero debía ser pagado “vendándose o no se vendiese el predio”, y que por ello la condición debe considerarse fallida, conforme lo regula el artículo 1539 del C.C.

La Sala volverá sobre el título invocando y primeramente determinará si del mismo puede derivarse, prima facie, una obligación ejecutable, para con ello definir si de las excepciones que los demandados elevaran y sobre las que soporta sus inconformidades al apelar, una, varias o ninguna de ellas puede considerarse configurada.

2.1. El título que se presenta como soporte de la ejecución, es la escritura pública No. 0133 del 22 de febrero de 2017 de la notaría única de Villeta, la cual contiene la terminación de una comunidad o indivisión existente sobre cuatro inmuebles “Salitre Blanco” de 22 hectáreas y 2.400 m. “El Lucero” 6 hectáreas y 750 m. “Buena Vista” o “Lot” de 0 hectáreas y 55 m. ubicados en Villeta y el predio “El Recuerdo” 24 hectáreas y 7.000 m. ubicado en Útica; que existía entre Isabel Bohórquez de Flórez y sus hijos acá extremos procesales, Eulises, Edilberto, Néstor, Alirio, Guillermo, Ramiro Flórez Bohórquez, derivada de la liquidación de la universalidad sucesión de su cónyuge y padre Cruz Flórez Rojas, trámite notarial recogido en escritura pública No. 028 del 21 de enero del 2011, aclarada mediante la escritura No. 0062 del 3 de febrero del mismo año, y que concluyó en la adjudicación del dominio en comunidad de todos los citados predios, repartido en un 50% para la cónyuge supérstite y 10% para cada uno de los cinco hermanos.

Esa comunidad sobre los cuatro inmuebles se termina en el acto escritural soporte del reclamo en cuestión, adjudicando 1º). A la señora Isabel Bohórquez de Flórez la propiedad de “El Lucero” de 6 hectáreas y 750 m. y el predio “El Recuerdo” de 24 hectáreas y 7.000 m. 2º) A los acá demandados Edilberto, Néstor, Alirio, Guillermo, Ramiro Flórez Bohórquez en común y proindiviso el inmueble “Salitre Blanco” de 22 hectáreas y 2.400 m. 3º). Adjudicando al acá actor Eulises Flórez Bohórquez el inmueble “Lote” de 0 hectáreas y 55 m. y 4º) Estableciendo los hasta entonces condóminos, un acápite de compensaciones para ese reparto, que se plasma en la cláusula quinta que, por lo puntual que resulta para resolver el recurso, se transcribe así:

“QUINTO-COMPENSACIONES: Acuerdan lo comuneros:

1. Que mientras se venta(sic) el inmueble denominado Salitre Blanco, adjudicado en este escrito a los comuneros EDILBERTO FLÓREZ BOHÓRQUEZ C.C. No. 80.276.756. de Villeta, NÉSTOR ALIRIO FLÓREZ BOHÓRQUEZ C.C. No. 80.277.363 de Villeta, GUILLERMO FLÓREZ BOHÓRQUEZ C.C. No. 80.278.248 de Villeta y RAMIRO FLÓREZ BOHÓRQUEZ C.C. No. 80.279.657 de Villeta, el ingreso por concepto del arrendamiento de la torre de comunicaciones de telefonía celular se distribuirá (50%) para la señora ISABEL BOHÓRQUEZ DE FLÓREZ y el cincuenta por ciento (50%) restante el (10%) para cada uno de ellos incluido EULISES FLÓREZ BOHÓRQUEZ.

2. Que del producto de dicha venta los señores EDILBERTO FLÓREZ BOHÓRQUEZ, NÉSTOR ALIRIO FLÓREZ BOHÓRQUEZ, GUILLERMO FLÓREZ BOHÓRQUEZ y RAMIRO FLÓREZ BOHÓRQUEZ, reconocerán y pagarán a la señora ISABEL BOHÓRQUEZ DE FLÓREZ la suma de cien millones de pesos m/cte (\$100.000.000).

3. De la misma manera acuerda los señores EDILBERTO FLÓREZ BOHÓRQUEZ, NÉSTOR ALIRIO FLÓREZ BOHÓRQUEZ, GUILLERMO FLÓREZ BOHÓRQUEZ y RAMIRO FLÓREZ BOHÓRQUEZ, reconocer y pagar al comunero EULISES FLÓREZ BOHÓRQUEZ la suma de doscientos millones de pesos mcte (\$200.000.000), con el producto de la venta plazo que no podrá ser en un término mayor de un año contado a partir de la fecha de este escrito.

4. Que en el evento de no efectuarse la venta y previo el pago de las compensaciones a nombre de ISABEL BOHÓRQUEZ DE FLÓREZ y EULISES FLÓREZ DE BOHÓRQUEZ, por parte de EDILBERTO FLÓREZ BOHÓRQUEZ, NÉSTOR ALIRIO FLÓREZ BOHÓRQUEZ, GUILLERMO FLÓREZ BOHÓRQUEZ y RAMIRO FLÓREZ BOHÓRQUEZ, aquellos no participaran en el arrendamiento de la torre de telecomunicaciones referido en el numeral (1) de esta cláusula. (subrayas agregadas)

Para la Sala del texto de la escritura analizado en su conjunto, armonizando con ello la transcrita cláusula quinta de compensaciones, sí se deriva en cabeza de los ejecutados y en favor del ejecutante una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

En efecto, sabido es que la primera regla de interpretación de los contratos señala que "...conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella, más que a lo literal de las palabras..."⁶ y desde la naturaleza del acto ejecutado y la claridad de la cláusula, indubitable resulta que en el propósito de acabar con la comunidad existente entre madre e hijos sobre los cuatro inmuebles reseñados, necesitó a más de las adjudicaciones de los bienes, dos a la madre uno a los cuatro hermanos demandados y otro al hermano demandante, un convenio de compensaciones consistentes en pagar \$100.000.000.00 de pesos a la copropietaria madre y \$200.000.000.00 de pesos al hermano Eulises Flórez Bohórquez, a este último, porque se le adjudicó el predio más pequeño y de menor valor de aquellos sobre los que recaía la copropiedad.

Ahora bien, en esa labor de desentrañar el propósito de los contratantes la jurisprudencia señala que existe un principio básico: "...la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo, es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o, en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él..."⁷; y el texto de la cláusula permite afirmar que los contratantes previeron como se cubrirían esas compensaciones.

Así señalaron que mientras la venta del inmueble "Salitre Blanco" se realizaba, el producto del arrendamiento de la torre de telefonía allí instalada se seguiría repartiendo, un 50% para la madre y un 10% para cada uno de los hermanos, incluido el acá demandante. (num.1°).

Que con el producto de la venta se le pagaría a ISABEL BOHÓRQUEZ DE FLÓREZ la suma de \$100.000.000.00, (núm. 2°) y al señor EULISES FLÓREZ BOHÓRQUEZ la suma de \$200.000.000.00; pero también, que esa obligación surgiría aun de no realizarse la venta, pues se convino que el plazo para pagar a Eulises Flórez "no podrá ser en un término mayor de un año contado a partir de la fecha de este escrito".(núm. 3°).

Conclusión que se ratifica con lo señalado en el numeral 4° y último de la cláusula, pues se conviene que en el evento de no efectuarse la venta y una vez pagadas las compensaciones pactadas, los compensados madre e hijo, no seguirían participando de los dividendos por el arrendamiento del inmueble "Salitre Blanco", señalados en el numeral primero de la misma cláusula.

⁶ Art. 1618 del C.C.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de agosto de 1971. G.J. LCXXXIX pag.131.

Esto es, la Sala concluye que, contrario a lo excepcionado por el extremo demandado, el reclamo que acá se eleva por el no cumplimiento en el pago de la compensación pactada, desde el texto del acuerdo de voluntades recogido en es la escritura pública No. 0133 del 22 de febrero de 2017 de la notaría única de Villeta y su resaltada cláusula quinta, si constituye una obligación clara y expresa, pues fácilmente se deduce que consiste: En el pago de doscientos millones de pesos que deben hacer los hermanos demandados a favor del hermano demandante, y su exigibilidad deriva de que, al momento de demandar, había transcurrido más de un año desde la firma de la escritura de división de la comunidad, 22 de febrero de 2017, que fue el término en que se señaló debía efectuarse ese pago, aún si no se había vendido el inmueble “Salitre Blanco” y esa obligación no había sido satisfecha.

Asimismo, considera que resulta descartado desde el clausulado contractual que el surgimiento de la obligación acá ejecutada estuviese sujeto al cumplimiento de una condición consistente en que previamente los hermanos demandados vendieran el inmueble “Salitre Blanco”, pues no puede extraer tal lectura del referido acuerdo, sin desconocer la voluntad que quedó allí consignada y contrariar el principio básico de interpretación de los contratos, de mantener la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes, según se dejó expuesto.

2.2. Ahora bajo su propuesta de lectura de la escritura aducen los recurrentes como reparo contra la sentencia emitida, que el acto notarial está afectado de nulidad relativa por la existencia del vicio del consentimiento denominado error, porque los demandados entendieron que el pago de los doscientos millones al ejecutante debía realizarse sólo si se vendiese el inmueble “Salitre Blanco” y que ese error se mantuvo aun habiéndoseles leído el texto de la escritura, que así lo declararon los extremos de forma concurrente y razonada.

Reparo que no resulta de recibo, pues como se dejó expuesto en el acápite anterior (2.1.), fácil resulta establecer el real alcance de la cláusula quinta de compensaciones en la liquidación de la comunidad y ello descarta la existencia del vicio invocado.

A más de que señala el artículo 1741 del Código Civil, el error es un vicio de consentimiento y en correspondencia con el artículo 1508 de la misma normatividad “*Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.*”; no obstante, el artículo 1509 es enfático en que “*El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento*”.

Y es desacertado el argumento del apelante al señalar que el plazo y la condición pertenecen a una categoría de hecho y no de derecho, en tanto que el artículo 1551 del C.C. define “*El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.*”; de igual manera, el artículo 1530 ídem establece: “*Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.*”

Agréguese que tampoco puede considerarse que las declaraciones de los contratantes prueben en contra del alcance dado a la cláusula quinta del contrato; pues mientras Eulises señala que el pago de la suma convenida como compensación se debería realizar a más tardar al año de suscribirse la escritura de liquidación, que se pactó así porque sus hermanos ya tenían vendida la finca, que le podían pagar en un mes o dos.

Los demandados, con algunas dubitaciones, sostienen la versión contraria, así mientras que **Edilberto** afirma que “desde un principio siempre hemos estado haciendo lo posible por vender, porque pues como quedó consignado en la escritura pues eso quedó consignado ahí, así como dice que hay un plazo también doctora está supeditada a la venta de la finca, porque pues ese valor, ese valor no podrían salir el otro lado”. **Néstor** dice que acordaron pagar a su hermano los doscientos millones de pesos, “porque cometimos el error de pensar qué realmente eso se iba a vender, por de pronto una oferta que habían hecho y cometimos el error de ofrecer, pero sucede entonces como en planeación territorial, los que iban a comprar la necesitaban como para

vivienda campestre y divisiones y como es zona de riesgo, entonces ya no hubo negocio y eso ya no vale pues lo que nosotros pensábamos”.

Guillermo adujo que estuvo de acuerdo con la negociación bajo el entendido de que el pago se hacía cuando se vendiera la finca, el terreno ha estado en venta desde la muerte del padre, pero no se ha podido vender. “solamente, que se vendiera la finca y ahí se la pagaba no hay de otra manera” y **Ramiro** señaló que se llegó al acuerdo de pagarle a su hermano Eulises doscientos millones de pesos “basados en un cálculo que el notario hizo por una venta de un predio que también él había vendido en la vereda cerca al predio de nosotros, pero lo que no tuvimos en cuenta es que la finca de nosotros está en zona de reserva forestal y tiene una falla geológica”. Estuvo de acuerdo en el pago pero que se haría una vez se vendiera la finca. El notario hizo todo “él fue el que hizo la escritura, él sacó multiplicó, sacó las cifras y basado en ese cálculo se llegó a ese monto del dinero”, el notario, si bien les leyó la escritura, les dijo que el pago estaba a la venta de la finca, reitera que estaba de acuerdo con pagarle a su hermano a la venta de la finca”.

Y oído el señor Henry Trujillo Cruz, notario único del municipio de Villeta, expuso del acto en cuestión que teniendo cuenta que “se hicieron varias consultas para finalmente valorar la hectárea del predio Salitre Blanco en 30 millones de pesos, con fundamento en eso, se pudo establecer que salían perjudicados el heredero Eulises Flórez Bohórquez y la ex cónyuge del fallecido Isabel Bohórquez, por lo que acordaron pactar una cláusula de compensaciones, 200 millones debían pagarle a Eulises y 100 millones de pesos a la señora Isabel. “Ramiro manifestó que él podía pagar eso en un término de tres meses, porque ya tenía negociada la finca, yo le sugerí que no lo hiciera en ese término tan corto, porque era una deuda de 200 millones de pesos por un lado y 100 por el otro; yo le manifesté expresamente que una deuda por esa cantidad de dinero podía quebrarlo a uno, él me dijo que eso no era problema mío, que eran problemas de ellos, que a mí no me interesaban, le dije ah bueno listo; sin embargo el año se puso en el escrito, todos estuvieron de acuerdo con los valores, todos absolutamente todos estuvieron de acuerdo en la suma objeto de la compensación, se pactó una cláusula de compensación, dentro de la escritura la cual conllevaba unas sanciones en el evento de que ellos dentro del término pactado que era un año no cumplieran con el pago, el pago más que en el término máximo para el pago era de un año vendieron o no vendieron el inmueble, pero ellos tenían la esperanza de qué le iban a vender en un término de 3 meses y que por consecuencia podría pagar la escritura sin ningún afán, eso es lo que recuerdo ese tema doctora, muchas gracias. Señaló el notario que los comparecientes a la notaría le manifestaron ya tener negociada la finca en un valor aproximado de dos mil millones, pero tuvieron inconvenientes porque a pesar de que Ramiro Flórez Bohórquez es concejal del municipio no conocía el plan de ordenamiento territorial, “no sabía que había una prohibición de construcción de vivienda campestre y creo que ese era el objetivo de la negociación según lo que se escuchó”.

Versión del único testigo directo de los hechos e imparcial para con los contratantes, que para la Sala merece credibilidad por lo claro y contundente de las apreciaciones que hace, siendo un depositario de la fe pública, cuyo relato vienen a dar certeza de que lo pactado en la cláusula quinta tiene el alcance que la Sala le dedujo en el acápite anterior de esta providencia, con ello, que el cubrimiento de la compensación a favor del actor no estaba condicionada a la venta del inmueble.

2.3. Los reparos del extremo demandado se dirigen también a controvertir carácter de título ejecutivo que se reconoce a la escritura pública de división de la comunidad, atacando el acto escritural calificándolo de estar afectado de nulidad absoluta, que se afirma debía el juez reconocer de forma oficiosa por recaer en objeto ilícito, por desconocer las formalidades legales y los elementos esenciales de la partición de la copropiedad, porque tratarse de inmuebles y no haberse señalado el valor de los mismos, se desconocen las reglas que rigen la partición sucesoral, pues debía la escritura contener una diligencia de inventarios y avalúos, una valoración de los bienes inmuebles que permita que pueda ese acto ser atacado por lesión enorme.

Asimismo, porque el acto de liquidación desconoció el pago de derechos notariales, de inscripción de actos jurídicos en los folios de matrícula inmobiliaria, al igual que las normas imperativas tributarias que regulan la retención en la fuente y el impuesto a la ganancia ocasional.

2.3.1. Para resolver este punto se parte de recordar que, conforme al artículo 1502 del Código Civil, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.

Y que el artículo 1741 *ibídem* regula “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas” y que, entre otros, conforme con los artículos 1519 y 1521 del C.C., hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación, en la enajenación de cosas que no están en el comercio, de derechos y privilegios que no pueden transmitirse a otra persona y de cosas judicialmente embargadas; y en todo contrato prohibido por la ley, según lo dispone el artículo 1523 *ídem*.

Ahora bien, la invocada declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del acto o contrato, en aplicación de lo normado en el artículo 1742 del Código Civil requiere unos requisitos mínimos, que en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil se explica así:

“1. Aludiendo a la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta de un contrato que consagran y regulan los artículos 15 de la ley 95 de 1890 y 2o. de la ley 50 de 1936, la Corte desde tiempo atrás ha reiterado que en orden a hacer posible esa declaración, además de que el vicio debe aparecer en forma manifiesta y ser tan claro que no sea susceptible de interpretación, no puede darse ella "a espaldas de las personas interesadas en la subsistencia del acto o a él ligadas, y a las cuales afectará la declaración, de manera directa y necesaria. No por ser una declaración oficiosa el juez queda autorizado para formularla con prescindencia y menoscabo del derecho primordial de defensa" (G.J. t. XLVII pg. 238), doctrina ésta por cierto reiterada en múltiples oportunidades posteriores tal como lo pone de manifiesto la sentencia del 27 de febrero de 1982 en la que se dijo: "...tradicionalmente la doctrina de la Corte viene afirmando que el poder excepcional que al fallador le concede la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto, panorámico o ilimitado, sino que, por el contrario se encuentra condicionado a la concurrencia de las tres circunstancias siguientes: 1a. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato. 2a. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos y obligaciones para las partes, y 3a. Que al litigio concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del postulado de que la nulidad de una convención, en su totalidad, no puede declararse, sino con la audiencia de todos los que la celebraron" (G.J. t. CLXV).”⁸

En el caso, el vicio se reclama por vía de excepción de mérito y con limitado alcance de negar la prosperidad de la pretensión ejecutiva, sin emitir declaración al respecto de encontrarse probada, pues uno de los firmantes de la división no es parte del proceso. Sin embargo, la Sala considera que no aparece acredita ninguna de las nulidades absolutas a las que alude los excepcionantes.

2.3.2. Del texto de la escritura 0133 del 22 de febrero de 2017 de la notaria única de Villeta, se deriva que se trata de un acto de liquidación de una comunidad no universal que los hermanos Flórez Bohórquez y su progenitora tenían sobre cuatro inmuebles, que recaía sobre bienes raíces y se adelantó de mutuo acuerdo por todos los condóminos, en la citada escritura pública.

⁸ Sentencia de 10 de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Expediente No.4541 M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Ahora bien, es cierto que conforme lo reclaman los recurrentes, el artículo 2335 del Código Civil dispone que: “La división de las cosas comunes, y los derechos y las obligaciones que de ella resultan, se sujetarán a las disposiciones de los artículos siguientes, y en todo aquello a que por éstas no se provea, se observarán las reglas de la partición de la herencia”.

Pero tal previsión normativa no puede tener el alcance interpretativo que le otorga el extremo recurrente para de allí derivar que necesariamente se imponía la observancia, en todo caso, de las normas que regulan la liquidación herencial y que, por ello, si no se hace un inventario y avalúo de los bienes objeto de la división, etapa propia de la partición herencial, o no se valoran los inmuebles que lo constituyen, como también allí se exige, se afectaría el acto divisorio de nulidad absoluta, por no observar la formalidades legales provenientes de normas imperativas que no pueden ser desconocidas por la voluntad de los particulares contratantes, y que tal omisión impediría el ataque del trabajo divisorio de llegar a configurarse en él una lesión enorme.

En primer lugar, porque el artículo 1374 del C.C. señala que ninguno de los coasignatarios de una cosa a título universal o singular, como sucede en este caso, está obligado a permanecer en indivisión, y conforme a las reglas del libro cuarto, título 23 capítulo 3º artículos 2322 a 2340 del C.C., y artículo 406 y ss. del C.G.P., proceso divisorio; la liquidación de una comunidad singular se puede realizar por la vía del proceso judicial o bien de mutuo acuerdo.

Lo que viene a ratificarse con lo dispuesto en el artículo 35 de la ley 57 de 1887 que, haciendo alusión al libro cuarto, título 23 capítulo 3º del Código Civil, en que se hace la remisión normativa que invoca el recurrente, para deducir que se impone seguir las reglas de la partición herencial, regula:

“Lo dispuesto en el artículo 2338 y anteriores del capítulo que versa sobre el cuasicontrato de comunidad, no implica la necesidad de ocurrir a la autoridad judicial para llevar a efecto la división de la cosa común, o la venta de ella, con el fin de dividir su producto, siempre que todos los comuneros acuerden lo uno o lo otro unánimemente y que dicho acuerdo no se interrumpa en su ejecución. Pero si entre los comuneros hubiere menores, se cumplirá lo que dispone el artículo 485, y además se someterá a la aprobación del juez la división practicada, en lo que dice relación con los intereses del menor. El juez para dictar el decreto respectivo tendrá en consideración las reglas que prescribe el artículo 2338 y podrá exigir las comprobaciones que estime necesarias. Cuando la división se refiera a bienes raíces, se hará constar en escritura pública.”

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado en concordancia que *“Los términos en que está concebida la primera parte del artículo 35 de la ley 57 de 1887 revelan a las claras que él no contiene una prohibición, sino a penas una regla conforme a la cual los copartícipes mayores de edad pueden proceder a la división de la cosa común. Tampoco es de orden público esa regla, porque está destinada a proteger los intereses particulares de índole patrimonial de los comuneros, desde luego que la partición implica una transferencia de dominio. Por otra parte, la prescindencia de un comunero en el acto de división realizada por los demás copartícipes no contraría formalidad alguna prescrita por la ley para el valor de aquél acto en consideración a la naturaleza de él, como sería, por ejemplo, la de la escritura pública en tratándose de una partición de bienes raíces. El acuerdo unánime es requerido en atención a las especiales condiciones en que se encuentran las personas de los comuneros al contratar o celebrar la partición, es decir, que se trata de un requerimiento subjetivo y que debe concurrir en el acto jurídico, no por ser tal o cual acto, sino por ser ejecutado por tales o cuales personas”*⁹

Pues bien, si en el acto de liquidación de la comunidad que se realizó en la escritura atacada, los copropietarios mayores de edad, estando facultados por el legislador, distribuyeron entre ellos la titularidad del dominio de los bienes que tenían en común y proindiviso y radicaron la propiedad de dos inmuebles en cabeza de su madre, otro en cabeza de Eulises y el último se adjudicó a los cuatro demandados; y al hacerlo de esa forma, no estaban obligados ni a elaborar un inventario

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de mayo de 1946. G.J. LX pag.505.

y avalúo de los bienes ni a seguir las reglas de la partición herencial, como lo asegura el recurrente, pues en ejercicio de la autonomía de su voluntad contractual¹⁰, disponiendo de derechos de contenido patrimonial, hicieron de común acuerdo una distribución de la copropiedad que no contraría la ley, no vulnera formalidad alguna, ni deja de lado ningún requisito esencial del acto.

Tampoco puede aceptarse la afirmación de que el acto sea nulo porque ese proceder de no valorar los inmuebles objeto de reparto, impedía que ese acto de partición pueda ser atacado en rescisión por lesión enorme, pues como es usual en ese tipo de debates, será una peritación que se decreta en curso de un eventual proceso, sobre el valor de los inmuebles al momento de hacerse la división, la que sirva de marco objetivo para determinar si se configura o no una lesión enorme, es decir, que aún sin esa valoración en la escritura de división se puede demandar ese tipo de rescisión.

2.2.3. En lo que refiere a la alegación de que hay nulidad absoluta en el acto notarial atacado porque en el mismo se omitió el pago de derechos notariales y de inscripción en la oficina de registro en instrumentos públicos, así como de los eventuales impuestos de retención en la fuente y ganancia ocasional, tampoco resultan de recibo.

En primer lugar, porque del texto de la escritura pública de liquidación se desprende que el derecho notarial se pagó, por la suma de cincuenta y cinco mil trescientos pesos, conforme a la Resolución 451 de 2017 de la Superintendencia de Notariado y Registro; y aun cuando no aparece referencia alguna al pago de los derechos de registro del mismo acto notarial en la oficina de registro de instrumentos públicos, lógico es suponer que el mismo se hizo, pues por lo menos en el folio de matrícula inmobiliaria 156-96141 que corresponde al inmueble lote adjudicado al acá demandante, aparece ya inscrito ese acto partitivo y con ello la transferencia del dominio del bien de la comunidad al acá actor, y no se discute que la transferencia de los demás bienes no se hubiere realizado.

Ahora bien, en el texto del acto notarial se relaciona el avalúo catastral de cada uno de los cuatro predios objeto de la división y se anexa a la escritura las certificaciones de catastro sobre el número de identificación, la extensión y valoración de esa índole de todos los inmuebles.

En lo que refiere a la retención en la fuente y al pago de impuesto por ganancia ocasional por la liquidación de la comunidad singular que el acto notarial contiene, debe señalarse que aun de llegar a considerarse que el acto genera retención en la fuente para los beneficiados de sus efectos y que quien transfiere allí la propiedad debe cubrir el impuesto de ganancia ocasional.

Aunque es cierto que la falta de valoración de los inmuebles, imposibilitaría la determinación del monto de la retención en la fuente y del impuesto por ganancia ocasional, lo cierto es que tales falencias no tendrían el alcance de generar la nulidad absoluta del acto de liquidación de la comunidad singular.

Pues el notario, agente retenedor, dejó constancia expresa que la retención en la fuente por ese acto de liquidación es de cero pesos, y no hizo mención a que se deba pagar impuesto por ganancia ocasional.

Ahora de existir esa omisión, es el responsable del cubrimiento de aquellos tributo y anticipo de tributo, quien deberá en su oportunidad pagar con los intereses y demás sanciones a que hubiera lugar los gravámenes, sin que ello signifique que el acto de liquidación se vicie de nulidad por la

¹⁰ Sentencia C-934-13 “La facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”.

inobservancia de esa carga fiscal, pues el cubrimiento de ellos, no corresponde a una formalidad esencial que busque dar certeza a la realización del acto de liquidación de la comunidad singular atacado.

En efecto la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene señalado que: *“Como el derecho no puede ser estático, sino que debe estar en constante evolución para estar a tono con los cambios de la sociedad, los formalismos exagerados que otrora se exigían han sido atenuados, en la medida en que no se desconozcan los fines que se propuso el legislador. Sobre el particular la Corte tiene explicado que las “solemnidades impuestas por el Derecho contemporáneo, se encuentran estrecha y nítidamente enlazadas al fin de certeza que, usualmente, con ella se desea obtener”, de manera que solo cuando la ausencia de formalidades no esenciales pueden “poner en peligro la obtención de esa finalidad”, la ley sanciona con nulidad el acto jurídico (Cfr. sentencia No. 64 de 22 de abril de 2002).”*

3. Así las cosas, ninguno de los argumentos expuestos por la parte apelante desvirtúa las conclusiones de la sentencia impugnada, por ello la decisión recurrida se confirmará y condenará en costas de esta instancia al apelante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en Sala Civil – Familia de decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

1º. CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2020 por el juzgado civil del circuito de Villeta, que declaró no probadas las excepciones; ordenó seguir adelante la ejecución en las condiciones establecidas en el mandamiento de pago con la consecuente liquidación del crédito, avalúo y remate de los bienes para el cubrimiento de la obligación.

2º. Condenar en costas a la parte demandada, para lo que se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$2'000.000.00. líquidense por el a-quo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS


JAIME LONDOÑO SALAZAR


GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ