

# TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

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

Proceso : Divisorio.  
Radicación : 25899-31-03-001-2018-00028-01

Sería del caso entrar a decidir 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, de no ser por encontrarse configurada una causal de nulidad que impone su declaratoria, según se pasa a exponer.

## ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. María Angélica y Javier Mauricio Fajardo Romero formularon demanda contra Raúl, Álvaro, María del Carmen, Martha Inés, Reynaldo Fajardo Cifuentes, Margarita Pedroza de Fajardo, Sandra, Henry Fajardo Pedroza, Alexander, Cristian Camilo Fajardo Camacho y Claudia Constanza Fajardo Álvarez que luego de subsanada se precisó referida a la división ad valorem 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 mts<sup>2</sup>, se encuentra ocupado por los demandados Álvaro y María del Carmen Fajardo Cifuentes, sin su consentimiento ni autorización, que al tener 10 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.

Notificados los demandados 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.

Y excepcionaron de fondo Falta de fundamento legal de la división ad-valorem demandada, por ser viable la división material 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, y aportan otro avalúo realizado por ACV limitada. Solicitan se oficie a la dirección de urbanismo del departamento administrativo de planeación de Chía, para que se 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. y además invocó 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 pecunio, ya sea por el comunero a quien se le adjudique el lote en donde se encuentran levantadas cada una de ellas, o bien que la decretarse la venta del inmueble con el producto de la misma se cubra su valor.

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

Y en términos similares a este último demandado y a través del mismo apoderado, contestaron la demanda María del Carmen, Raúl, Reynaldo Fajardo Cifuentes, Claudia Constanza Fajardo Álvarez y Sandra Fajardo Pedroza.

Es decir, los ocho copropietarios demandados se oponen a la venta del inmueble objeto material de la copropiedad y piden que la división se haga materialmente, pues aducen que sería ello viable atendiendo 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. 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; se 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.

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, 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 otros demandados, solicitando pruebas testimoniales e interrogatorios que el juez no decretó.

En escrito separado se pidió adicionar el auto recurrido, para que 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 propuesta de excepciones de mérito distintas a la existencia de un pacto de indivisión.

La solicitud se negó en auto del 22 de abril de 2021, consideró la Jueza 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 resolvió no tener en cuentas las excepciones de mérito formuladas por improcedentes y esas decisiones cobraron ejecutoria y concedió la apelación.

3. Haciéndose un paralelo entre el artículo 470 del Código de Procedimiento Civil y el 409 del Código General del Proceso, se evidencia que la anterior legislación otorgaba distintas hipótesis

de defensa del comunero demandado, proponer excepciones previas, de mérito y la mera oposición a la demanda, lo que determinaba la suerte del trámite posterior, es decir, si se decretaba la división de plano o se daba trámite a los medios de defensa y se practicaban pruebas.

Mientras la nueva regulación simplifica el trámite disponiendo que los hechos que configuran excepciones previas deben proponerse como recurso de reposición contra el auto admisorio, y que una vez surtido el término de traslado el demandado puede aportar otro dictamen, solicitar la convocatoria del perito a audiencia o alegar la existencia de un pacto de indivisión, y que cuando nada alegue al descorrer el traslado procede al decreto inmediato de la división.

Reza la norma, *“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.”*

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. de que nadie está obligado a permanecer en indivisión; 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”.

Precisa la Corte Suprema de Justicia que cuando la defensa del comunero demandado se edifica exclusivamente en hechos que no encajan en el pacto de indivisión, debe el juez proceder al decreto de la división o venta, sin que ello pueda ser considerado arbitrario; pues se ha señalado 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 “oposidores” a la “división”<sup>1</sup>.

Que no es ella una limitación caprichosa, pues 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”<sup>2</sup>.

4. Sin embargo, también se advierte que en la reglamentación actual del C.G.P. el artículo 407 prevé que “la división material será procedente cuando se trate de bienes que puedan partirse materialmente sin que los derechos de los condueños desmerezcan por el fraccionamiento. En los demás casos procederá la venta”; y ello se ha interpretado como un avance en la regulación, pues sin que se vulnere el principio de congruencia un trámite de división iniciado con reclamo de una venta puede terminar en un trabajo de partición material o viceversa<sup>3</sup>.

Que cuando este tipo de divergencias entre los copropietarios se presenta, su trámite y definición en el caso es expedito, sea que se haya planteado o no como excepciones de mérito, pues se considera un asunto intrínseco en la solución de este tipo de controversias.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Ibid., pág. 4.

<sup>3</sup> En ello coinciden López Blanco y Ramiro Bejarano. Dupré 2018 2ª edición pag.324 y Temis, 2016 6ª edición pág. 367.

5. Siendo, así las cosas, aunque los demandantes pidieron la división ad-valorem del inmueble identificado con matrícula No. 50N-202932 como al ser contestada la demanda, los restantes comuneros se opusieron a la división ad-valorem reclamando que fuese material y objetaron la pericia allegada por el actor, aportando un nuevo dictamen de valoración del bien.

Claro resulta que aun cuando no hubiesen alegado aquellos la existencia de un pacto de indivisión sobre el inmueble en el que recae la copropiedad no podía el a-quo simplemente ignorar las posturas de inconformidad de los demás condómines y disponer la división ad-valorem demandada, pues era necesario decretar pruebas y convocar a audiencia para su práctica para que en ella definiera las controversias planteadas por los demandados.

Y la Jueza omitió que las partes aportaban y pedían el decreto de pruebas para definir el reclamo uniforme de los demandados de que la división se hicieran material y no ad-valorem, es decir, si era o no viable la división material.

Los hechos que se dejan establecidos comportan la configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 133 numeral 5° del C.G.P., que señala que se configura una irregularidad procesal con tal alcance “Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas...”.

Por lo que se declarará la nulidad de la actuación a partir inclusive del auto proferido el día el 5 de marzo de 2020 que decretó la división ad-valorem del predio objeto de la litis, considerando que en los trámites de esta naturaleza no era procedente la proposición de excepciones de mérito, y se dispondrá que se renueve lo declarado nulo, profiriéndose una nueva providencia que atendiendo el reclamo de los comuneros de que se de prevalencia a la división material, se pronuncie sobre el decreto de las pruebas allegadas y pedidas por los extremos, se convoque a audiencia en que se realice su práctica y, seguidamente, se vuelva a definir el asunto.

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

### RESUELVE

**DECLARAR** la nulidad de lo actuado, a partir inclusive del auto proferido el día 5 de marzo de 2020 que decretó la venta en pública subasta del inmueble “El Salvio”, disponiéndose que, para renovar la actuación declarada nula, proceda el juzgado a proferir nueva providencia en la que se pronuncie sobre el decreto de las pruebas allegadas y pedidas por los extremos, convoque a audiencia en que se realice su práctica, y seguidamente vuelva a definir el asunto.

Notifíquese y devuélvase,



**JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS**  
Magistrado