



Interlocutorio	1392
Radicado	05266-31-03-003-2021-00146-00
Proceso	Divisorio
Demandante	Olga del Socorro Restrepo Pérez y otros
Demandado	Alba Luz Ossa Restrepo y otros
Asunto	No repone – concede apelación

JUZGADO TERCERO CIVIL DE CIRCUITO DE ENVIGADO

Veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Se resuelven las reposiciones presentadas por las partes contra el auto del 21 de julio de 2023.

ANTECEDENTES

1. En auto del 21 de julio de 2023, se desestimó la pretensión de división material del inmueble de matrícula 001-440156 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur, consecuentemente se decretó la división por venta (folio 72 cuaderno principal).
2. La totalidad de los sujetos procesales recurrieron la decisión (folios 74, 76 y 78 idem).

CONSIDERACIONES

1. El núm. 3 del art. 2340 del C. Civil establece que la comunidad termina por la división del haber común. Esta división puede ser: i) por venta y, ii) división material.

El art. 2338 del C. Civil dice que, “Cuando haya de dividirse un terreno común, el juez hará avaluarlo por peritos, y el valor total se distribuirá entre todos los interesados en proporción de sus derechos; verificado lo cual, se procederá a adjudicar a cada interesado una porción de terreno del valor que le hubiere correspondido, observándose las reglas siguientes: 1 El valor de cada suerte de terreno se calculará por su utilidad y no por su extensión; no habiendo, por tanto, necesidad de

ocurrir a la mensura, sino cuando ésta pueda servir de dato para calcular mejor el valor (...).

El art. 407 del C.G.P. expone que, *“Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la división material será procedente cuando se trata de bienes que puedan partirse materialmente sin que los derechos de los comuneros desmerezcan por el fraccionamiento. En los demás casos procederá la venta”.*

De ahí que, la división material del bien en comunidad se someta a las condiciones de los arts. 2338 del C. Civil y 407 del C.G.P. y consecuentemente, como aquélla se condiciona a la posibilidad de partición material de la cosa común, también se somete a las demás disposiciones que tengan incidencia respecto del fraccionamiento, como los planes de ordenamiento territorial y Ley 160 de 1994.

2. El dictamen pericial, dependiendo del sentido de la experticia, se califica en dos categorías: i) el que comprueba hechos y, ii) el que aporta reglas para aplicarlas a un supuesto de hecho. La Corte Suprema de Justicia en SC del 8 de septiembre de 1993, exp. 3446, se refirió a estas categorías, así: *“En la primera hipótesis se trata, en esencia, de comprobar hechos, sus causas o sus efectos, que requieran conocimientos científicos, artísticos o técnicos que superen el nivel medio de cultura general atribuible al común de los jueces, mientras que en la segunda su orientación característica es distinta; en esta, mediante el dictamen, se aportan reglas propias de la experiencia especializada de los peritos para aplicarlas a un determinado supuesto fáctico establecido en el proceso por cualquiera otro de los medios de prueba de recibo (...).”*

La Corte Suprema de Justicia en SC del 8 de septiembre de 1993, exp. 3446, se refirió al error grave del dictamen pericial así: *“(...) si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ...” (G.J. Tomo LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven ...” (...).”*

3. Los recurrentes fundamentaron las impugnaciones de la siguiente manera:

3.1. El apoderado de Olga del Socorro Restrepo Pérez, Alberto de Jesús Ossa Restrepo, Francisco Luis Ossa Restrepo, Liliana María Ossa Restrepo y Natalia Andrea Ossa Restrepo, dijo:

i) Se probó que el área del inmueble de matrícula 001-440156 es 95.822 metros cuadrados, por tanto, el juzgado erró en considerar que en el peritaje se tuvo que el área del inmueble era 96.290 metros cuadrados.

Frente a este reparo se indica lo siguiente:

a. El certificado de tradición y libertad del inmueble 001-440156, su ficha predial, las escrituras públicas 1178 del 28 de julio de 1986 de la Notaría 1 de Medellín y 3093 del 27 de septiembre de 2012 que aclara la 4172 del 20 de noviembre de 2003, enuncian que el área de aquél inmueble es 95.822 metros cuadrados.

El certificado de tradición, al cumplir una función de publicidad y seguridad jurídica, es el instrumento que contiene una individualización y descripción del predio más cercana posible a la realidad (art. 31 Ley 960 de 1970). Las escrituras públicas, al vincular a los otorgantes y causahabientes, que se identifican con los sujetos procesales, hacen fe entre estos de las declaraciones vertidas, en las que se incluye que el área del inmueble es 95.822 metros cuadrados (art. 257 del C.G.P.). Por lo tanto, hacen prueba del área del inmueble.

b. El perito, José Gildardo Agudelo Peña, dijo en el dictamen, *“De acuerdo a la ficha catastral del predio, a la escritura del inmueble y a la matrícula inmobiliaria No 001-440156, este inmueble cuenta con un área de 9.5822 Ha, o sea 95.822 metros cuadrados y un área construida de 377.84 metros cuadrados. Pero conforme con plano topográfico, que se adjunta al presente dictamen, este inmueble cuenta con un área topográfica de 96.290.07 m2 área que se tendrá en cuenta para la propuesta de división material del presente inmueble (...)* (pág. 28 folio 3 cuaderno principal).

c. En este orden de ideas, existe una disparidad entre el área enunciada por los documentos públicos y el dictamen pericial. Sin embargo, como los primeros tienen fuerza probatoria y en la experticia no se mencionó porque el área enunciada en aquéllos es errónea, ni evidenció que el área correcta sea 96.290,07 metros cuadrados,

ni se hizo mención a documento protocolizado e inscrito que exponga que el área es la referida en la experticia, la consecuencia es que los medios de convicción sean el certificado de tradición, ficha catastral y escrituras públicas.

d. Partiendo de que el dictamen rendido es de los que comprueba hechos y que consideró un área diferente a la que se acreditó es la del inmueble 001-440156, la experticia incurrió en una modificación de una atribución del objeto de prueba, lo que implica un error grave y consecuentemente, que las conclusiones, incluida la propuesta de partición, sea errónea.

ii) El recurrente expuso que el dictamen cumple los requisitos de los arts. 406 del C.G.P. y 2338 del C. Civil, y que en el contrato de transacción se encuentran los aspectos faltantes del art. 2338 ídem.

Frente a lo expuesto se indica lo siguiente:

a. El dictamen, como previamente se expuso, incurre en un error grave, por tanto, las conclusiones son equívocas.

b. En el dictamen se omitió: i) el avalúo comercial del inmueble y a partir de ello, realizar la distribución entre los comuneros en proporción a sus derechos; ii) determinar el valor cuotativo de cada comunero respecto del valor comercial del inmueble; iii) realizar el proyecto de división y de asignación de área, tomando en consideración el derecho cuotativo de cada comunero respecto del valor comercial del inmueble y la utilidad del área a asignar.

Por el contrario, el proyecto de distribución tomó como punto de partida la extensión física del inmueble de matrícula 001-440156.

c. El contrato de transacción no es un medio de prueba y menos aún, hace parte o complementa el dictamen pericial.

d. En este orden de ideas, la experticia no consideró ninguno de los aspectos de que trata el art. 2338 del C. Civil y que son necesarios para la división material.

iii) El impugnante dijo, que el que sea rural el inmueble 001-440156 no implica que se

deba fraccionar en virtud de la Resolución 41 de 1996 de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Frente al reparo es de indicar que el certificado de tradición y libertad del inmueble 001-440156, expone que se ubica en el Polígono PAR-05 de Envigado, de ahí que, sea rural y consecuentemente, se somete a las disposiciones de la Ley 160 de 1994, tal como lo estipula el parágrafo del art. 1 idem, y por tanto, le es aplicable la Resolución 41 de 1996 de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -hoy Incoder-.

En este orden de ideas, la posibilidad de división material (art. 407 del C.G.P.), se condiciona a la referida resolución.

iv) El recurrente dijo que es extraño, que no se optó por decretar pruebas de oficio para solucionar la controversia.

Respecto del reparo se indica que, en materia probatoria el ordenamiento procesal asumió una posición mixta, de ahí que lo dispuesto en los arts. 169 y 170 del C.G.P. no sea un mandato irrestricto a los funcionarios judiciales y dirigida a suplir la inactividad probatoria de las partes. Por el contrario, la facultad oficiosa en materia de prueba solo aplica cuando en el proceso no existe medio de prueba conducente y pertinente y que ello no obedezca a la negligencia de la parte (CSJ SC119-2023).

Ya que, en este asunto no hay ausencia de prueba, pues se allegó el dictamen pericial, no habría lugar a decretar prueba de oficio.

v) Dijo el impugnante, que se probó que es procedente la división material.

Frente a tal manifestación, es de indicar que, en el plenario: i) no se acreditó la posibilidad de división material del inmueble (art. 407 del C.G.P.); ii) no se acreditó que la división material no implicara desmejora en los derechos de los comuneros; y iii) el proyecto de división no expuso los acápite del art. 2338 del C. Civil. Por lo anterior, lo que procede es la división por venta.

3.2. El apoderado de Alba Luz Ossa Restrepo, expuso sus reparos así:

i) Dijo, que Alba Luz Ossa Restrepo ha estado de acuerdo con la división material y que pretende es se mejore el terreno que inicialmente le fue adjudicado, lo que fue aceptado en la transacción.

Frente al reparo es suficiente indicar que la transacción no es un medio de prueba, por tanto, no puede considerarse para resolver la pretensión divisoria.

ii) Expuso el recurrente, que el inmueble es susceptible de división material y más aún, porque en el plan de ordenamiento territorial del municipio de Envigado, no se observa que el municipio tenga unidades agrícolas familiares y que ninguno de los sujetos procesales realiza actividad campesina.

Frente a tal manifestación, se indica lo siguiente:

a. Como previamente se dijo, en el asunto i) no se probó la posibilidad de división material del inmueble; ii) no se acreditó que la división material no implicara desmejora en los derechos de los comuneros; y iii) el proyecto de división no expuso los acápites del art. 2338 del C. Civil; por consecuencia, procede la venta y no división material (art. 407 del C.G.P.).

b. Tal como se expuso con anterioridad, al predio le es aplicable la Resolución 41 de 1996 de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -hoy Incoder-.

c. Ninguno de los predios que resulta del proyecto de división material cumple con las áreas mínimas exigidas por la Resolución 41 de 1996 de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -hoy Incoder-.

iii) Mencionó el impugnante, que no se tomó en consideración la transacción.

Respecto de este reparo es suficiente mencionar que el contrato de transacción no es un medio de prueba y por ende, no es apreciable al momento de decidir la pretensión.

3.3. El apoderado de Álvaro Amado Ossa Restrepo, Aleida Mónica Ossa Restrepo y Olga Patricia Ossa Restrepo, fundamentó el recurso así:

i) Dijo el recurrente, que la diferencia presentada en el área total no debe ser considerada relevante, toda vez que el perito manifestó previamente que previo a la elaboración de dicho dictamen, realizó visita al mismo.

Frente a tal manifestación se indica,

a. El dictamen, como previamente se indicó, incurrió en un error grave, por tanto, las conclusiones son equívocas.

b. En el dictamen se pasó por alto: i) el avalúo comercial del inmueble y a partir de ello, realizar la distribución entre los comuneros en proporción a sus derechos; ii) determinar el valor cuotativo de cada comunero respecto del valor comercial del inmueble; iii) realizar el proyecto de división y de asignación de área, tomando en consideración el derecho cuotativo de cada comunero respecto del valor comercial del inmueble y la utilidad del área a asignar.

c. Por lo anterior es que a la experticia traída por el demandante se le resta merito probatorio.

ii) Refirió el recurrente, que se desconoció la voluntad de las partes y que fue plasmada en el acuerdo transaccional.

Frente a tal manifestación, tal como previamente se ha expuesto, se indica que el acuerdo de transacción es un negocio y por tanto no es un medio de prueba que pueda tenerse en cuenta para resolver el asunto.

4. Por lo anterior, es que no se repondrá la decisión. Se concederá la apelación en el efecto devolutivo.

RESUELVE

Primero: no reponer el auto del 21 de julio de 2023.

Segundo: conceder en el efecto devolutivo la apelación contra el auto del 21 de julio de 2023.

Tercero: remitir el expediente digital al magistrado ponente Ricardo León Carvajal, por conocimiento previo.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Diana M.S.P.", is centered on the page.

DIANA MARCELA SALAZAR PUERTA

JUEZ

21092023 4

2021-00146