



SALA SEGUNDA UNITARIA DE DECISIÓN

Medellín, trece de marzo de dos mil veintitrés

Se procede a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante frente al auto proferido el 23 de enero de 2023 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Oralidad de Envigado en el proceso divisorio de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1 El 3 de noviembre de 2021 se admitió la demanda con pretensión de división material instaurada por OLGA DEL SOCORRO RESTREPO PÉREZ, ALBERTO DE JESÚS, FRANCISCO LUIS, LILIANA MARÍA y NATALIA ANDREA OSSA RESTREPO contra ALBA LUZ OSSA RESTREPO, ÁLVARO AMADO OSSA RESTREPO, ALEIDA MÓNICA OSSA RESTREPO y OLGA PATRICIA OSSA RESTREPO.

1.2 Al contestar la demanda, algunos demandados se allanaron a las pretensiones, mientras que ALBA LUZ OSSA RESTREPO presentó excepciones de mérito que no fueron admisibles por la limitación de los medios de defensa en este tipo de procesos y sobre las excepciones previas se estimó que no se interpusieron a través del recurso de reposición frente al auto admisorio de la demanda como lo exige que el inciso segundo del artículo 409 del CGP.

1.3 El 26 de agosto de 2022 se celebró audiencia inicial acordando la suspensión del proceso hasta el 26 de octubre de 2022.

1.4 El 2 de noviembre de 2022 se presentó ante el Juzgado contrato de transacción suscrito por todas las partes inmiscuidas en el proceso.

1.5 Por auto del 4 de noviembre de 2022 el Juzgado no aprobó la transacción al considerar que no se desprende una intención de poner fin al litigio sin la intervención de la jurisdicción, porque en la cláusula segunda se pide expresamente que se ordene en sentencia la división material del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 001-440156 en once inmuebles independientes física y jurídicamente.

1.6 Ante de la decisión del Juzgado, las partes presentaron aclaración al contrato de transacción disponiendo la adjudicación como consecuencia de la división material y acordaron que la adjudicación genera 11 folios de matrícula inmobiliaria independientes que deben inscribirse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos competente.

1.7 Por auto del 23 de enero de 2023- archivo 41 de la carpeta de primera instancia del expediente digital- se negó la aprobación de la transacción, se fijó fecha y hora para continuar con la audiencia de sustentación y contradicción del dictamen pericial.

1.8 El Juzgado arguyó que, si bien en principio la transacción es un contrato consensual, al tratarse de la transferencia de la propiedad de un inmueble se constituye en un nuevo título traslativo de dominio y por ende debe constar en escritura pública; la transacción no se limita a establecer los contornos del acuerdo, sino que constituye un acto traslativo de dominio sobre el inmueble al disponer la adjudicación a las partes, así como inmuebles no discutidos que son los lotes resultantes de la división del inmueble original, los cuales no existen y según el artículo 2475 del CC por no existir no tiene valor su adjudicación.

1.8 La parte demandante interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación arguyendo que la transacción presentada cumple con los requisitos dispuestos por la jurisprudencia, (i) la existencia de una cuestión litigable, (ii) la intención inequívoca de ponerle fin a la disputa mediante un arreglo negocial y (iii) las concesiones recíprocas entre las partes concertadas con propósito específico; sin que se evidencie la necesidad de una solemnidad como la suscripción de una escritura pública, es voluntario de las partes optar por la suscripción de una forma notarial más no de una exigencia normativa al respecto y debe diferenciarse la transacción de su ejecución.

1.9 Los recurrentes aclaran que el proceso divisorio regulado por el artículo 406 del CGP no tiene como objeto de la disputa del derecho real de dominio, se está pactando la singularización de unos inmuebles que nacen de la división material y la escritura pública surgirá durante la ejecución de la transacción, tal como lo consideró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC 8220-2016.

1.10 Por auto del 8 de febrero de 2023, el Juzgado negó el recurso de reposición interpuesto al estimar que ante el allanamiento de la parte demandada no hay un derecho en litigio, sin que exista una verdadera desavenencia que amerite la composición; reitera que tratándose de bienes inmuebles requiere ser elevado a escritura pública y en este caso no se cumplió con dicha formalidad; la transacción es ineficaz por versar sobre derechos que no existen, los comuneros tienen una cuota ideal y no exclusiva.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

¿Se debe aprobar la transacción?

3. CONSIDERACIONES

3.1 Presupuestos normativos de la transacción y la división material

La transacción como forma anormal de terminación del proceso se encuentra regulada por el artículo 312 del CGP:

“En cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis. También podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia.

Para que la transacción produzca efectos procesales deberá solicitarse por quienes la hayan celebrado, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a este, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción; en este caso se dará traslado del escrito a las otras partes por tres (3) días...”

Disposición que debe guardar armonía con el Código Civil en lo tocante con el contrato de transacción, cuya consagración normativa obra en los artículos 2469 y siguientes del C.C.

De otro lado, el proceso divisorio regulado a partir del artículo 406 y siguientes del CGP tiene un raigambre sustancial; el artículo 2334 del CC expresa:

“En todo caso puede pedirse por cualquiera o cualesquiera de los comuneros que la cosa común se divida o se venda para repartir su producto.”

“La división tendrá preferencia siempre que se trate de un terreno, y la venta cuando se trate de una habitación, un bosque u otra cosa que no pueda dividirse o deslindarse fácilmente en porciones.”

Mientras que la normativa procesal en el artículo 406 del CGP establece que, ***“Todo comunero puede pedir la división material de la cosa común o su venta para que se distribuya el producto...”***; de tal manera, la división material o la venta de la cosa común, pretenden poner fin a la comunidad porque nadie está obligado a permanecer en indivisión como dispone el artículo 2334 del CC.

Al tiempo que el artículo 407 del CGP estatuye:

“Salvo lo dispuesto en leyes especiales, 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.”

Frente a lo cual la sentencia T -743 de 2008 estableció:

“El proceso de división material o venta de la cosa común debe ser instado por uno de los comuneros contra los demás. La división material cabe pedirla sólo cuando ello sea posible jurídicamente; la venta de la cosa común, aun cuando sea posible la división material (artículo 468, Código de Procedimiento Civil). Si el demandante tiene mejoras en la cosa común, debe pedirlas en la demanda ...”

3.2 Caso concreto

Antes de acceder a la terminación del proceso tras la suscripción del contrato de transacción, el Juez está compelido a hacerle control de legalidad y determinar la procedencia de lo acordado por las partes, de ahí que el inciso tercero del artículo 312 del CGP estatuya que se aceptara la transacción que se ajuste a derecho sustancial, dado que lo allí decidido hace tránsito a cosa juzgada en los términos del artículo 2483 del C.C.

Por ello, se justifica el análisis realizado por el Juzgado de primera instancia de cara a la verificación de los requisitos para la procedencia de la transacción presentada y la terminación del proceso.

Sin embargo, del análisis de las decisiones proferidas en primera instancia se desprenden dos razones fundamentales para no aceptar la transacción, (i) no otorgarse la escritura pública a sabiendas que inmiscuía la adjudicación de inmuebles y (ii) ser presentada por partes que no están en contienda o no tienen un litigio como tal debido al allanamiento que presentaron los demandados frente a las pretensiones de la demanda.

De esta forma se abordarán cada uno de los reproches para determinar si tiene lugar la argumentación del Juzgado y se desarrollará lo concerniente con la procedencia de la división material como presupuesto sustancial del contrato de transacción en comento.

3.2.1 ¿Formalidad del contrato de transacción?

El Juzgado de primera instancia reprochó la formalidad adoptada por las partes para celebrar el contrato de transacción, al involucrar la adjudicación de

inmuebles, lo propio es proceder con el otorgamiento de la escritura pública siguiendo las disposiciones del artículo 12 Decreto 960 de 1970.

No obstante, al estudiar un asunto de similar naturaleza la Corte Suprema de Justicia estimó:

“La transacción no es per se un acto dispositivo y menos un gravamen. Puede ser que en esto estribe el error. La transacción en sí no es más que un acuerdo para acabar con un litigio, o precaver uno futuro, caracterizado porque las partes renuncian a la exclusividad de los derechos en disputa y prefieren más bien ceder parcialmente sus aspiraciones recíprocas. Acordados en eso, la transacción es perfecta a los ojos de la ley. La transacción es eminentemente declarativa, en cuanto comporta el anuncio de que ya no se quiere más pendencia, de suerte que si la disputa está judicializada, las partes tienen que someterse a los requisitos que para el efecto establece el código de procedimiento civil, para que el juez decida con conocimiento de causa su aprobación. Esta injerencia del juez hace que la transacción dentro del proceso repudie todavía más el exigir unas solemnidades, pues el asentimiento transaccional ha sido dirigido al funcionario y depende de éste su aceptación...”

De ahí que la Corte hubiese sido del parecer que una transacción relativa a linderos, pese a que recae obviamente sobre raíces, no requiere la solemnidad de la escritura pública, según puede verse en sentencia de 22 de marzo de 1949, LXV, página 634, donde sobre la base del cariz consensual de la transacción señaló que en estos eventos “basta el acuerdo de las partes para su perfeccionamiento... porque por su naturaleza, la transacción no es trasmitiva, sino

simplemente declarativa o reconocitiva de los derechos que forman el punto de discrepancia.”¹

De ahí que no sea procedente imponer a las partes una carga adicional al exigir que la transacción se eleve a escritura pública, como lo sostuvieron los recurrentes, lo acordado en el contrato de transacción es la adjudicación de los inmuebles en la proporción acordada y de acuerdo con el derecho que cada uno tiene en el lote de mayor extensión; es del resorte de la ejecución del contrato de transacción la posterior suscripción de las escrituras públicas que formalicen el acuerdo transaccional.

El acordarse la adjudicación de inmuebles que surgirán del predio de mayor extensión no impone que la transacción sea solemne ni desnaturaliza su carácter meramente consensual, dado que el acto solemne será la posterior adjudicación a cada uno de los comuneros a través de la correspondiente escritura pública con la correlativa inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria que surja con ocasión de la división.

En consecuencia, no puede exigirse a las partes una formalidad que legalmente no está establecida para este tipo de negocios jurídicos y este no puede ser un argumento para negar la aceptación de la transacción.

3.2.2 ¿Inexistencia de contienda entre las partes?

Otro de los argumentos expuestos por el Juzgado al justificar la negativa de terminar el proceso es sostener que entre las partes no existe un litigio propiamente dicho por cuanto los demandados se allanaron a las pretensiones de división material y sólo ALBA LUZ OSSA RESTREPO manifestó en la

¹ Sentencia del 26 de mayo de 2006. Radicado 1987-07992-01. Citado en sentencia del 20 de junio de 2016. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez SC 8220-2016 del 20 de junio de 2016.

contestación de la demanda que se estaban desmejorando sus derechos con la partición material, coligiendo que ante la ausencia de controversia no es procedente la celebración de la transacción, no habría litigio que precaver o terminar.

Frente a este punto, se está dando un alcance desproporcionado a los presupuestos de procedencia para celebrar un contrato de transacción; como forma anormal de terminación del proceso supone que dos partes que inicialmente tenían desavenencias convengan resolverlas a través de un medio auto compositivo y den por terminado un proceso que surgió ante la existencia de una contienda.

En este caso fueron los demandantes quienes promovieron el inicio del juicio con pretensión de división material y si bien los demandados no presentaron excepciones como el pacto de indivisión o alegaron los presupuestos de la prescripción adquisitiva de dominio, se colige que antes del proceso estaban conformes con la indivisión y solo admitieron la posibilidad de la división material ante la demanda presentada por otro grupo de comuneros y ello no los sustrae de la posibilidad de llegar a un acuerdo extraprocesal para determinar cómo sería dicha división.

Así, presentado un allanamiento a las pretensiones no impide que las partes presenten una transacción, en últimas es el Juez quien debe calificar su procedencia de cara al cumplimiento de las normas sustanciales y consecuentemente ordenar la terminación del proceso.

3.2.3 ¿Procedencia jurídica de la división material?

El tercer argumento que justificó la negativa de admitir la transacción como forma de terminar el proceso fue estimar que no es procedente celebrar una

transacción respecto de bienes que no existen jurídicamente, con lo acordado por las partes se está dividiendo el lote de mayor extensión en once lotes conforme el porcentaje que cada uno de los comuneros detenta y se favorece a quienes construyeron mejoras en el lote para hacerlos asignatarios; el Juzgado fundamento su determinación en los artículos 2323 y 2336 del CC.

Teniendo en cuenta la naturaleza de las pretensiones del proceso, lo propio es llegar a un acuerdo de este tipo en el cual las partes ceden parte y parte en sus pretensiones y de acuerdo con el porcentaje ideal que tienen en la cosa común establecen una distribución equitativa y proceden a dividir el predio, dando nacimiento a predios independientes individualmente considerados y con una identificación propia.

Ahora, como el análisis que compete a esta Sala Civil es determinar si se cumplen los presupuestos sustanciales para aceptar la transacción, si la división material es procedente en los términos que están acordando las partes, sin que esto signifique un prejuzgamiento de cara a la procedencia de la división que debe ser decretada en una providencia independiente que es susceptible del recurso de apelación en los términos del artículo 409 del CGP.

El contrato obrante en el archivo 40 de expediente digital dispone en la cláusula segunda la adjudicación como consecuencia de la división material del inmueble con matrícula No. 001-440156 en once lotes en favor de las partes del proceso, identificando cada inmueble por su extensión y linderos de acuerdo con el levantamiento topográfico que se presentó con la demanda.

Ante la especialidad de un asunto como el presente, el Juez debe examinar, evaluar y basarse en lo estipulado por el perito en el dictamen- el cual debe aportarse con la presentación de la demanda- con los levantamientos topográficos que permitan arribar a la certeza de desprender once lotes

independientes y que representen los porcentajes ideales que los comuneros detentan.

Asunto que debe ser expuesto con claridad y precisión por el perito, quien determina de acuerdo con las disposiciones urbanísticas vigentes y el Plan de Ordenamiento Territorial que rige en el lugar de ubicación del predio, si es procedente desprender folios de matrícula inmobiliaria por cada uno de los lotes por su extensión y peculiaridades.

Frente a este punto el dictamen presentado con el escrito de subsanación de la demanda expuso, sin precisar si cada lote de los once cumplen con los parámetros de área o extensión exigidos y las características del Plan de Ordenamiento Territorial que, ***“ Conforme con el Decreto 600 de 2019 Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Envigado, el inmueble objeto de dictamen pericial Avalúo Comercial, se localiza en suelo rural, lote 00062 , polígono de Tratamiento: PAR_05, vereda El Escobero del municipio de Envigado Antioquia...***

Teniendo en cuenta que el predio objeto de división material cuenta con un área topográfica de 96.2907 m2, se concluye, que en el inmueble denominado Piedras Blancas, ubicado en La vereda El Escobero del Municipio de Envigado e identificado con la matrícula inmobiliaria No. 001-440156, es procedente la división material del mismo, conforme a la división material propuesta en la presentación de la demanda, conforme lo establecido en los artículos 406 y 407 del Código General del Proceso. En razón de que la superficie que tiene el predio, es grande, permite o hace posible dividir materialmente el predio, y esto no desmejora en ningún momento los derechos de los condueños, conforme el artículo 407 del C G del P, en contrario antes facilita la tenencia y explotación económica

individual de cada propietario...” – folios 34 del archivo 3 del expediente digital.

Argumentación que se muestra incipiente y poco técnica, el perito hace referencia a la división que propusieron los demandantes en el escrito de demanda, calificando su procedencia de cara al POT de Envigado, sin confrontar si efectivamente es viable lo establecido por las partes y como único criterio de habilitación de la división material usa la extensión total del lote sin dividir calificándolo como “grande” y sin precisar si el área establecida para cada uno de los once lotes puede hacer parte de un inmueble independiente con un folio de matrícula aparte.

Por ello el Juez es el llamado a hacer el análisis frente a la procedencia de la división material, para asegurar de esta forma la correcta materialización de lo pretendido por las partes y la ejecución de lo estipulado en el acto de adjudicación, precaviendo que el auto que decrete la división material pueda llevarse a la realidad en el mundo jurídico y de esta forma se zanje la controversia entre las partes.

Asimismo, el dictamen pericial debe pasar por el análisis del artículo 232 y reunir los requisitos del artículo 226 del CGP, es justamente este estudio el que está pendiente en primera instancia cuando se continúe con la audiencia de instrucción y juzgamiento; a través del interrogatorio al perito y a los topógrafos, deben absolver las dudas de cara a la posibilidad de la división material del predio confrontando la propuesta contenida en el dictamen con las disposiciones del Plan de Ordenamiento Territorial respecto del surgimiento de nuevos folios de matrícula inmobiliaria o de la habilitación legal que existe para el efecto.

En consecuencia, se acompaña la decisión del Juzgado por razones diferentes, es decir, porque debe hacerse un examen exhaustivo sobre el cumplimiento de los requisitos sustanciales del contrato de transacción y de su contenido que incluye los presupuestos de la división material frente a la cual- al menos en este punto del proceso- no hay certeza por ausencia de fundamentos técnicos y normativos que permitan aseverar la viabilidad de lo querido por las partes.

Lo propio es continuar con el trámite del proceso para que en la audiencia de contradicción de la experticia, se continúe con la absolución de las inquietudes concernientes con la forma en que operará la división para que de esta forma se llegue con toda certeza al auto que decretará la división material, si así procediere.

Por ello, sin desconocer la autonomía privada y evitando invadir la órbita de decisión de las partes, la transacción debe cumplir unos presupuestos sustanciales relacionados con la procedencia de la división material, la que no se puece en los términos que fue presentada, por ello se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

DECISIÓN

La SALA SEGUNDA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN,

RESUELVE

Por las razones expuestas, se **CONFIRMA** el auto de la referencia.

05266-31-03-003-2021-00146-01

Proceso: Divisorio

Demandante: Olga del Socorro Restrepo Pérez y otros

Demandado: Alba Luz Ossa Restrepo y otros

Decisión: CONFIRMA AUTO. No es posible terminar el proceso por transacción por falta de elementos para la procedencia de la división material del inmueble que tienen en proindiviso las partes.

NOTIFÍQUESE POR ESTADOS Y ELECTRÓNICAMENTE.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke at the bottom.

**RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ
MAGISTRADO**